Nicht f. d. Austausch

DER RECHTSBEGRIFF DES RECHTS

Eine Untersuchung
des positivistischen Rechtsbegriffs im besonderen Hinblick
auf das rechtswissenschaftliche Denken Rudolph Sohms

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde
an der
Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Berlin

Von

GÜNTHER KRAUSS
aus Manderscheid (Eifel)

Tag der Promotion: 1. Februar 1935

Promotion: am 1. 2. 1935

213

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544312_0073

DER RECHTSBEGRIFF DES RECHTS

Eine Untersuchung
des positivistischen Rechtsbegriffs im besonderen Hinblick
auf das rechtswissenschaftliche Denken Rudolph Sohms

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde
an der
Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Berlin

Von

GÜNTHER KRAUSS
aus Manderscheid (Eifel)

Tag der Promotion: 1. Februar 1935

Dekan: Geh. Rat Prof. Dr. Ernst Heymann
Referent: Preuß. Staatsrat Prof. Dr. Carl Schmitt
Korreferent: Prof. Dr. Rudolf Smend

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorbemerkung 7

Erstes Kapitel: Der „Rechtsbegriff des Rechts“ 11

I. Der „Rechtsbegriff des Rechts“. 11

II. Die Neutralität des Rechtsbegriffs 16

III. Die reine Technizität des Rechts 20

IV. Das wissenschaftliche Recht 23

Zweites Kapitel: Die imperativische Zwangsnorm. 29

I. Norm, Imperativ, Geltungszwang, Erzwingbarkeit 29

II. Positive Setzung — Rechtsregel und Konventionalregel 38

Drittes Kapitel: Kritik der Rechtslehre Sohms. 47

I. Sohm und die bürgerliche Gesellschaft 47

II. Die Logik der positivistischen Rechtslehre 55

1. Der Rechtsbegriff des Rechts 56

2. Die imperativische Zwangsnorm 63

III. Die bürgerliche Gesellschaft und der positivistische Rechtsbegriff . . . 72

Viertes Kapitel: Die Möglichkeit des Kirchenrechts 78

I. Der Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts als Voraussetzung der These Sohms 78

II. Der Ansatz konkreten Ordnungsdenkens bei Sohm. 85

1. Kirche und Kirchenrecht 86

2. Der dialektische Gegensatz des Positivismus 87

Literaturverzeichnis. 96

Vorbemerkung

Die folgende Abhandlung geht aus von Rudolph Sohms bekanntem Satz: Das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch. Die Formulierung dieses Satzes erscheint paradox und enthält doch gerade in ihrer konsequenten Paradoxie eine spezifische innere Logik. Es ist die Logik des rechtswissenschaftlichen Positivismus, die in dieses Paradoxon ausmündet. Rudolph Sohm hat sie für die Disziplin des Kirchenrechts folgerichtig und selbstmörderisch zu Ende gedacht. Wo die logische Konsequenz zu paradoxen Ergebnissen führt, müssen die Voraussetzungen falsch sein. Diese Voraussetzungen gilt es also zu erkennen.

Es kommen zwei Möglichkeiten in Betracht. Sohms Voraussetzungen sind einerseits sein Rechtsbegriff, anderseits sein Kirchenbegriff. Von der Möglichkeit, den Kirchenbegriff zum Thema der Untersuchung zu machen, muß hier abgesehen werden. Sie beträfe eine Frage der Theologie. Damit haben wir uns hier nicht zu befassen. Sondern es ist der meisterhaften Bonner Antrittsvorlesung von Hans Barion Recht zu geben, wenn sie hinsichtlich des von Sohm gestellten Problems zu dem Ergebnis kommt: Der Aufbau des Kirchenrechts verlangt die Hand des Juristen, seine Grundlegung kann nur der Theologe bringen.

Um so mehr legt es die heutige Situation nahe, dem Rechtsbegriff Sohms eine erhöhte Beachtung zuzuwenden. In dieser Hinsicht liefert die Abhandlung Carl Schmitts „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" eine brauchbare und sogar unentbehrliche Operationsbasis. Damit sind die literarischen Ausgangspunkte der vorliegenden Arbeit bezeichnet. Die Schrift Barions hat gerade dadurch, daß sie das Problem offen und den Leser unbefriedigt läßt, die Bedeutung eines starken Inzitaments. Ihr wird der Hinweis auf die Problemlage verdankt, der Arbeit Carl Schmitts die Angabe der Richtung, in welcher die Lösung zu suchen ist.

Die Arbeit behandelt in ihrem ersten und zweiten Kapitel den Rechtsbegriff Sohms, im dritten das Verhältnis dieses Rechtsbegriffs zur bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts und im vierten die Frage nach der Möglichkeit des Kirchenrechts. Der positivistische Rechtsbegriff ist durch die beiden Formeln: Rechtsbegriff des Rechts und Imperativische Zwangsnorm gekennzeichnet. Die ersten beiden Kapitel haben die Aufgabe, zu zeigen, daß Sohm von diesem Rechtsbegriff ausgegangen ist und ihn überall voraussetzt. Hier liegt nicht seine Originali-

tät, und in diesem Zusammenhang von einer Intuition sprechen zu wollen, hieße Sohm nicht nur ein unverdientes, sondern außerdem auch ein schlechtes Kompliment machen; denn es wäre ein unsinniges Verfahren, sich das, was in der realen Außenwelt offen und unverhüllt zutage liegt, erst auf dem Umweg über eine Vision oder Privatoffenbarung zum Bewußtsein bringen zu lassen. Stimmt man diesem Ergebnis zu, so versucht das Schlußkapitel, diejenige Einsicht Sohms sichtbar zu machen, die sein rechtswissenschaftliches Denken von seiner Umgebung unterscheidet und sein Kirchenrecht zu dem macht, was es ist: die Einsicht nämlich, daß es unmöglich ist, den Rechtsbegriff des Positivismus auf die Kirche anzuwenden. Nimmt man den Rechtsbegriff des Positivismus an, so steht in der Tat das Wesen des Kirchenrechts mit dem Wesen der Kirche ebenso wie mit dem Wesen jeder konkreten Ordnung im Widerspruch.

Der Zielsetzung der Arbeit entspricht es, wenn der Rechtsbegriff Sohms vor allem aus seinen kirchenrechtlichen Schriften rekonstruiert wird. Daneben kommt das reiche Material in Betracht, das in den Abhandlungen aus andern Gebieten seiner überaus vielseitigen wissenschaftlichen Tätigkeit enthalten ist. Dabei sind die dogmatischen Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht, an dessen Kodifikation Sohm einen so bedeutenden Anteil hatte, ebenso von Interesse wie die Untersuchungen rechtsgeschichtlichen Charakters; allerdings wäre es in letzterer Hinsicht Sache der historischen Spezialforschung, zu ermitteln, in welchem Maße Sohm hier mit Identifikationen und Projektionen der für uns zur Vergangenheit gewordenen positivistischen Rechtslehre gearbeitet hat. Die zentrale Bedeutung, die man Sohms Kirchenrecht zuerkennt, entspricht der spezifischen Spannung, die das religiöse Sachgebiet selbst am Ende des 19. Jahrhunderts noch besaß, so sehr auch diese Spannung, wie das Denken Sohms und des rechtswissenschaftlichen Positivismus überhaupt, im wesentlichen eine Angelegenheit der besitzenden und gebildeten Klassen geblieben sein mag.

Sohm hat den Rechtsbegriff weniger in systematischer und methodischer Form als in zahlreichen Gelegenheitsäußerungen behandelt. Es lag ihm sozusagen nicht im Blute, Allgemeine Rechtslehre und Methodologie zu treiben und die rechtswissenschaftliche Arbeit in Logik und Erkenntnislehre aufzulösen. Bestimmte methodologische Äußerungen zu dem von ihm behandelten Problem hätte er vermutlich überhaupt nicht verstanden. Er hat selbst deutlich erklärt, daß das Streiten über die Methode und die Kunstregeln wenig Wert habe. Wenn diese Bemerkung seine Kritiker auch nicht von Auseinandersetzungen abgehalten hat, von denen das Wort Jakobs I. von England gilt: Nec praeter taedium quicquam in animo legentis relinquunt, so zeigt sie doch, wie sehr ihm seine eigene Problematik auf den Leib gerückt war; seine Beziehung zu seinem Thema war viel zu ursprünglich, als daß er sich ihm gegenüber methodologisch-kritisch hätte verhalten können. Der Entwurf einer logischen Syntax für die Rechtswissenschaft wäre ihm wohl als lächer-

liche Anmaßung erschienen. Gerade deshalb hat er klar und prägnant formuliert, was alle Zeitgenossen dachten und fühlten.

Die Unsicherheiten und Verlegenheiten, von denen Sohms Rechtsbegriff Zeugnis ablegt, sind nur die Ausweglosigkeiten des positivistischen Rechtsdenkens selbst. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, in einer Bestandsaufnahme der positivistischen Literatur des 19. Jahrhunderts den Fall Sohm in einen größeren geistigen Zusammenhang zu stellen. Zugleich ist eine willkommene Gelegenheit geboten, auf einige der deutschen Juristen hinzuweisen, die sich den Suggestionen und dem Prestige des rechtswissenschaftlichen Positivismus im 19. Jahrhundert entzogen haben. Diese Juristen auf den ihnen gebührenden Platz zu stellen, den ihnen ihre eigene Epoche versagte, ist die vornehmste Pflicht einer Darstellung der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts.

Köln a. Rh., am Feste Epiphaniä 1936.

Günther Krauß.

Erstes Kapitel

Der „Rechtsbegriff des Rechts"

I. Der „Rechtsbegriff des Rechts"

Rudolph Sohm hat den Rechtsbegriff mit besonderer Ausführlichkeit behandelt in seiner Schrift „Weltliches und geistliches Recht[1])". Die Darlegungen dieser Schrift sind später, wenn schon nicht ganz unverändert, übergegangen in den von Erwin Jacobi und Otto Mayer herausgegebenen zweiten Band des „Kirchenrechts[2])". Hier findet sich ein § 6, der die Überschrift trägt: Der Rechtsbegriff des Rechts. Aber auch in den sonstigen zahlreichen Äußerungen Sohms über den Rechtsbegriff, die sich in den einzelnen Partien seines Gesamtwerkes verstreut finden, ist nicht ein einfacher und natürlicher, sondern ein besonders zugerichteter und präparierter, ein „juristischer" Begriff des Rechts behandelt. Der Rechtsbegriff ist selbst ein „Rechtsbegriff", d. h. er hat nicht nur das Recht zu seinem Gegenstand, sondern ist auch seiner Struktur, seiner Form, seinem Wesen nach etwas Rechtliches.

Dieser Rechtsbegriff des Rechts ist bereits in einer der frühesten Arbeiten Sohms zu erkennen, nämlich in der Schrift „Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt", die seine Stellungnahme zum Kulturkampf enthält[3]). Diese Schrift enthält im Kern schon den ganzen Sohm. Sie tritt mit dem Anspruch auf, das Urteil finden zu helfen, das nach der Ansicht Sohms „von Rechts wegen in dem großen Kampf von Staat und Kirche zu sprechen ist". Denn es ist, wie Sohm fortfährt, „ein Kampf ums Recht. Es ist kein Kriegsverfahren, welches durch die physische Gewalt, sondern ein Rechtsverfahren, welches, wenn schon durch kein Gericht, dennoch durch ideale Mächte entschieden wird[4])". Sohm fällt sein „Urteil" nicht vom Standpunkt des Staates und noch weniger von demjenigen der Kirche aus, sondern vom „absoluten Standpunkt[5])". Von diesem absoluten Standpunkt aus betrachtet, sind beide Parteien, sowohl der Staat als auch die Kirche, im Unrecht, wenn auch die Kirche in höherem Maße als der Staat; es liegt „hier wie dort ein Verkennen der rechtlichen Natur der Kirche zugrunde". Der Kampf ums Recht ist ein „Kampf der Geister", zum

[1]) Leipziger Festschr. f. Binding, München und Leipzig 1914. — [2]) Katholisches Kirchenrecht, München und Leipzig 1923. — [3]) Tübingen 1873. — [4]) Staat und Kirche, S. V. — [5]) Staat und Kirche, S. 53.

Unterschied von einem Kampf der „realen Gewalten“; ein Kampf, der nicht „zunächst die Schärfe des Schwertes, sondern die Schärfe der Begriffe“ fordert[1]).

Vom Recht erfahren wir, daß es seinen Inhalt aus sich selbst gewinnt[2]). Bekanntlich findet sich die unmittelbar entgegengesetzte Auffassung im ersten Band des Kirchenrechts; sie präludiert an dieser Stelle dem noch bekannteren Thema: Das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch[3]). In „Staat und Kirche“ wird jene erste Bemerkung später dahin modifiziert, daß das Recht „seine Begriffe zwar nicht aus sich selbst hervorbringt“, wohl aber sie „zum Zweck des eigenen Gebrauchs formuliert[4])“. Hier lautet dann die weitere Folgerung, daß die Kirche im Lehrsinn und die Kirche im Rechtssinn zu unterscheiden sind. Auch den Kirchenbegriff formuliert das Recht zum Zweck des eigenen Gebrauchs.

Wir haben also hier zunächst den Rechtsbegriff des Rechts und weiter, als eine seiner unmittelbaren Folgerungen, den Begriff der Kirche im Rechtssinn. Es sei erwähnt, daß Sohm in einem andern Zusammenhang von der Eheschließung in einem besonderen, „rechtlichen“ Sinne spricht[5]). Das führt in seiner Konsequenz zur Familie im Rechtssinn. Niemand, der sich in der juristischen Literatur des ausgehenden 19. Jahrhunderts umsieht, wird in dieser Art von spezifisch „rechtlicher“ Begriffsbildung eine Besonderheit gerade des rechtswissenschaftlichen Denkens Rudolph Sohms erblicken. Es ist allgemein bekannt, daß es, um nur wenige Beispiele herauszugreifen, die sich beliebig vermehren ließen, einen „juristischen“ Staatsbegriff, eine „juristische“ Behandlung des Staatsrechts oder einen „juristischen“ Begriff der Selbstverwaltung gibt; und man braucht nur Namen wie Laband, Jellinek, Kelsen auszusprechen, um zu wissen, um was es sich dabei handelt. Diese Erscheinungen haben auf kirchenrechtlichem Gebiet eine lehrreiche Parallele an der durch Emil Friedberg eingeführten „juristischen“ Behandlung des Kirchenrechts[6]).

Mit diesen vier letztgenannten jüdischen Rechtsgelehrten darf Sohm nur unter einem Vorbehalt in einem Atem genannt werden. Er unterscheidet sich von ihnen nicht nur durch das Blut, sondern außerdem auch durch die Sachlichkeit und innere Folgerichtigkeit seines Denkens[7]). Vor allem hat er die „juristische“ Methode in einem entscheidenden Fall, nämlich auf dem Gebiet des Kirchenrechts, abgelehnt[8]). Doch eine Voraussetzung hat er mit jenen Anhängern der „juristischen“ Methode

---

[1]) S. V f. — [2]) S. 12. — [3]) Kirchenrecht I, S. XI. — [4]) Staat und Kirche, S. 22. — [5]) Trauung und Verlobung, S. 146.

[6]) Friedberg, Lehrbuch, 1. Aufl., S. VI, führt sich mit einer Bemerkung ein, die nicht nur anmaßend, sondern auch nach unlauterem Wettbewerb klingt: „Doch will ich nicht unterlassen zu bemerken, daß ich verschiedene in sonstigen Lehrbüchern behandelte Materien als des juristischen Interesses bar und rein theologischen Gepräges ausgeschieden habe.“ — Über das wahre Wesen der Methode Sohm, Trauung und Verlobung, S. 1 Anm. 1: Friedberg hat „erst kurze Zeit gehabt, sich in Begriff und Geschichte der Trauung hineinzudenken“ —, gleichwohl aber bereits zwei Bücher über das Recht der Eheschließung verfaßt. „Auch mit anderen Begriffen des deutschen Rechts scheint es ihm nicht besser zu gehen“ usw.

[7]) Vgl. die Charakteristik bei Barion, Rudolph Sohm, S. 7. — [8]) Kirchenr. I, S. X f.; II, S. 14 ff.

gemeinsam. Auch für ihn muß der Rechtsbegriff und müssen alle andern Begriffe des Rechts auf „Rechtsboden“ gestellt werden und durch „Rechtssätze“ bestimmt sein, um für die rechtliche Darstellung einen Anhaltspunkt zu bieten. Insbesondere gilt dies für den Kirchenbegriff[1]).

Daß der Rechtsbegriff wiederum ein Rechtsbegriff sein muß, daß er nur ein juristischer Begriff sein kann, scheint zu jenen Wahrheiten zu gehören, die sozusagen aus der Natur der Sache unmittelbar evident sind und jedem Unbefangenen einleuchten müssen. Allerdings sind wir nicht unbefangen genug, um zu verkennen, daß diese Evidenz im günstigsten Falle nichts anderes ist als die selbstverständliche Richtigkeit, die jeder Tautologie zukommt. Die Evidenz geht hier auf Kosten der konkreten Bestimmtheit der Aussage. An einer Tautologie als solcher besteht nun weder ein sachliches noch auch nur ein „juristisches“ Interesse, mag man den Wert der „juristischen“ Methode als hoch oder aber mit dem Staatsanwalt Julius Hermann von Kirchmann als nicht vorhanden ansehen. Der Rechtsbegriff wird nicht klarer, wenn man darlegt, daß er ein „Rechtsbegriff“ sei und „streng“ juristisch aufgefaßt werden müsse. Darin liegt keine Antwort auf eine konkrete Frage, sondern die Antwort ist selbst nur Frage. Man muß weiter fragen, was das „Juristische“ in der Wortprägung „Rechtsbegriff des Rechts“ eigentlich bedeutet. Diese Frage könnte nicht abermals mit dem Hinweis beantwortet werden, daß der „Rechtsbegriff des Rechts“ eben streng juristisch aufgefaßt werden müsse, ohne daß der regressus in infinitum noch länger zu vermeiden oder zu verdecken wäre.

Auf der andern Seite beruht der Rechtsbegriff des Rechts auf einer inneren Notwendigkeit. Der Rechtsbegriff des Rechts ist nicht zu umgehen, wenn man, wie in den angeführten Beispielen, die fundamentalen Begriffe des Rechts wie Staat, Staatsrecht, Selbstverwaltung und ferner Kirche und Kirchenrecht „juristisch“ definiert. Eine solche „juristische“ Definition hat offenbar nur dann einen Sinn, wenn auch das Recht selbst „rein“ juristisch definiert wird. Ist das nicht der Fall, enthält also der Rechtsbegriff außerjuristische, unjuristische und metajuristische Elemente, so entfällt auch der rein juristische Charakter jener andern Begriffe. Dieses Ergebnis wird man gerne vermeiden wollen, schon angesichts der nicht unerheblichen Schwierigkeiten, die die ganze Konstruktion bietet. Jeder, der Rechtswissenschaft studiert hat, hat das erlebt. Jeder Student wird noch heute an den Brüsten des Rechtsbegriffs des Rechts gleichsam genährt. Hat man Staat, Gemeinde, Kirche, Familie einmal juristisch definiert, so wird man sich den Lohn dieser geistigen Anstrengung nicht dadurch rauben lassen, daß man die juristische Reinheit des Rechtsbegriffs gefährdet, indem man die Behauptung aufstellt, der Rechtsbegriff könne nicht selbst wieder ein Rechtsbegriff sein.

Der tautologische Charakter des Rechtsbegriffs des Rechts bleibt diesen Erwägungen zum Trotz gleichwohl bestehen. Nun ist jedoch eine Tautologie, auf die

[1]) Staat und Kirche, S. 22.

man so großen Wert legt, gerade deshalb wahrscheinlich nicht „reine“ Tautologie. Läßt sich auch dem Rechtsbegriff des Rechts, an und für sich betrachtet, weder ein juristischer noch überhaupt irgendein vernünftiger Sinn abgewinnen, so kann sich eine konkrete Bedeutung möglicherweise aus denjenigen Vorstellungen ergeben, die durch die „juristische“ Definition des Rechtsbegriffs abgelehnt werden. Der Rechtsbegriff des Rechts hat zunächst den logischen Vorwurf hinzunehmen, daß er leer ist. Diese Leere hat aber darüber hinaus die politische Funktion, den wahren und eigentlichen Sinn des solchermaßen bestimmten Rechtsbegriffs zu verdecken. Daraus ergäbe sich dann eine moralische Disqualifizierung des Rechtsbegriffs des Rechts.

Doch soll, ehe auf diese Frage eingegangen wird, ein Überblick über die Literatur zeigen, welche Bedeutung dem Rechtsbegriff des Rechts im 19. Jahrhundert zukommt. Dabei ist vorweg zu bemerken, daß sich die Formel „Rechtsbegriff des Rechts“ unseres Wissens nur bei Sohm findet. Die sonst gebräuchliche Formel lautet: Recht im juristischen Sinne. Hier fällt die Tautologie vielleicht nicht so unmittelbar ins Auge. Das Verdienst Sohms besteht demnach darin, daß er die Tautologie um der sachlichen Konsequenz willen nicht gescheut hat. Die sachliche Konsequenz zeigt sich in der Formulierung. In der Fähigkeit, eine solche Formulierung zu prägen, äußert sich die eigentliche geistige Vitalität. Im übrigen gilt hinsichtlich des Rechtsbegriffs des Rechts die von einem bekannten Schriftsteller in anderm Zusammenhang beobachtete Tatsache, daß die Luft von Seelen schwirrt, die keinen Leib finden.

a) An dieser Stelle ist zunächst ein Zeugnis aus der sog. geschichtlichen Rechtsschule anzuführen, nämlich die ungeduldige Äußerung G. F. Puchtas, Das Gewohnheitsrecht I, S. 142: „Man sollte endlich einmal aufhören, wenigstens die Juristen sollten es tun, von denen zu vermuten ist, daß sie den Ausdruck Recht in seinem eigentlichen Sinne gebrauchen, man sollte aufhören, das Recht dadurch zu entweihen, daß man Sätze mit seinem Namen belegt, für welche sich noch keine rechtliche Form der Geltendmachung gefunden hat, man sollte von einer Völker- und Staatenmoral, aber nicht von einem Völkerrecht sprechen.“ Diese Äußerung macht zu gleicher Zeit auch schon etwas von dem polemischen Sinn durchsichtig, den der Rechtsbegriff des Rechts enthält. Das gleiche gilt für die tautologische Begriffsbestimmung des Rechtsstaats durch F. J. Stahl-Jolson, Philosophie des Rechts II, 2, 3. Aufl., S. 146: „Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre der Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staats wegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung.“ — Rechtsstaat und Rechtsbegriff des Rechts gehören offenbar zusammen, ebenso wie Rechtskirche und Rechtsbegriff des Rechts, und sogar die „Rechtsfamilie“ (Carl Schmitt) liegt in der Luft, vgl. die schon zitierte Bemerkung Sohms über die Eheschließung im Rechtssinn. Wenn es dennoch nur zum Rechtsstaat und zur Rechtskirche, nicht aber zur Rechtsfamilie kam, so liegt der Grund wohl in dem natürlichen Gesetz: primum in generatione est ultimum in corruptione.

b) Der „Rechtsbegriff des Rechts“ bzw., was der Sache nach dasselbe ist, das „Recht im juristischen Sinne“, geht durch die ganze Literatur des späteren Positivismus. Hier müssen wenige bezeichnende Beispiele genügen.

So ist es für Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 43 ff., klar, daß es neben einer spezifisch juristischen Bedeutung von Recht noch eine Reihe weiterer, unjuristischer Bedeutungen gibt. Niemand außer den Juristen kann auf die unjuristische Verwendung des Ausdrucks „Recht“ verzichten, und selbst die Juristen vermögen es nicht. Doch will Bergbohm, daß sich wenigstens die letzteren der unjuristischen Bedeutung bewußt bleiben, falls sie sich ihrer bedienen. Es gehört (S. 45) Übung dazu, die verschiedenen Vorstellungsreihen, die durch den Ausdruck „Recht“ ausgelöst werden, sauber auseinanderzuhalten; dennoch darf man nicht glauben, der sprachliche Zusammenhang habe einen sachlichen Grund; für die bestehende Vieldeutigkeit ist neben der Sparsamkeit der Sprache eine „jahrhundertelang“ geübte „Nachlässigkeit“ verantwortlich zu machen. Das jus naturale der römischen Juristen ist nicht „Recht im juristischen Sinne“ (S. 155). — Gegen diese Darlegung Bergbohms sei schon hier angeführt, daß sie nicht nur ungeschichtlich-abstrakt ist — ein Vorwurf für den, der wie er auf den Schultern der sogenannten geschichtlichen Schule steht —, sondern auch gegen den Satz „natura non deficit in necessariis“ verstößt.

In seiner Untersuchung über Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Arch. Ziv. Pr. Bd. 66, S. 425, bemerkt E. Zitelmann: „Recht im Sinne der Juristen, positives Recht, ist etwas durch die autoritäre Form seines Daseins allein, gleichgültig, ob sein Inhalt der allgemeinen Rechtsüberzeugung entspricht oder nicht.“ In einen gewissen Gegensatz zu Bergbohm setzt sich Zitelmann hinsichtlich der Leichtigkeit oder Schwierigkeit, mit welcher die Abgrenzung des Rechts im juristischen Sinne funktioniert, wenn er (S. 415) meint: auch der „Mann aus dem Volke“ wird zwar „einen Satz als gerecht empfinden, obwohl er nicht durch Gesetz oder lange Übung eingeführt“ ist, „aber als Recht im juristischen Sinn wird er ihn nicht empfinden“.

In denselben Zusammenhang gehört, was Jhering, Geist des römischen Rechts II, 1, 5. Aufl., S. 19 ff., über den „Selbständigkeitstrieb des Rechts“ ausführt. Das Recht bestimmt sich nach den Rücksichten und Zwecken, die ihm eigentümlich sind“; die materielle Selbständigkeit des Rechts (S. 23) „postuliert für das Recht nur denjenigen Inhalt, der durch die Idee desselben gegeben ist“. Auf einer primitiven Stufe der Rechtsentwicklung besteht noch ein „natürlicher Zusammenhang“ des Rechts mit seinem „Subjekt“ im Rechtsgefühl und der rechtlichen Überzeugung, mit dem Leben als dessen „immanente, eigene, selbstgebildete Ordnung“, mit der Zeit und der Geschichte; es besteht eine „Totalität“ und innere Kontinuität der Rechtsanschauung, aber der Fortschritt liegt in der „Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhangs, in unausgesetzter Trennung und Isolierung“ (S. 31).

Binding, Die Normen und ihre Übertretung II, 1, 2. Aufl., S. 227, sagt: Nur unter der Voraussetzung, daß der „Rechtsgenosse“ seine Gebundenheit als nicht bloß sittliche, sondern zugleich auch als eine rechtliche erkennt, „ist es für ihn möglich, einzusehen, daß er im Begriff ist, sich über eine ihn unbedingt bindende Pflicht, eine Rechtspflicht hinwegzusetzen“. Dem Vorwurf des Formalismus wird mit dem Rechtsbegriff des Rechts begegnet (a. a. O., S. 160 Anm. 1): „Und so besteht mein ganzer angeblicher Formalismus darin, daß ich, was alle meinen, streng juristisch bezeichne.“

Der Rechtsbegriff des Rechts liegt ferner der Tautologie bei Gierke zugrunde, wenn er in seiner Besprechung von Labands Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II (Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht, Bd. 6, S. 222) erklärt: „Das Staatsrecht ist Recht, und seine Wissenschaft ist Jurisprudenz“; ähnlich heißt es in Schmollers Jahrb., Bd. 7, S. 1100: „Der wissenschaftliche Fortschritt, der durch das Buch vollzogen ist, beruht in seinem Kern darauf, daß Laband bei seiner Darstellung des deutschen Reichsstaatsrechts in größerem Stile und mit strengerer

Konsequenz als andere vor ihm den Gedanken durchgeführt hat, daß das Staatsrecht Recht und nichts als Recht ist."

Bei Gg. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 118, wird der „rechtliche Zustand" charakterisiert als ein „kraft juristischer Anschauungsweise hypostasiertes Verhältnis, ein Sein im juristischen Sinne". Was mit der „juristischen Anschauungsweise" gemeint ist, wird nicht näher erläutert. — W. Schönfeld hat in seiner Auseinandersetzung mit Sohm über die juristische Methode im Kirchenrecht, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil., Bd. 18, S. 94, betont, daß der „logische Sinngehalt, der Rechtssinn der Rechtssätze", „von allem historischen Glauben und Meinen unabhängig" sei. — Als „Recht im juristischen Sinne" bezeichnet E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre I, S. 19, „im allgemeinen alles, was Menschen, die in irgendeiner Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen". — Der Rechtsbegriff des Rechts ist ferner wirksam bei H. Eppler, Quelle und Fassung katholischen Kirchenrechts, S. 51 Anm. 155a: „Ob, was Recht in diesem theoretischen Sinne ist, auch Recht im sittlichen Sinne, d. h. unbedingt verpflichtende Norm sei — das ist eine andere Frage." — Auch bei einem katholischen Autor, der sich unter apologetischen Gesichtspunkten mit Sohm befaßte, L. Bendix, ist der Rechtsbegriff des Rechts einfach übernommen, vgl. Kirche und Kirchenrecht, S. 35 Anm. 1: „Juristische Auffassung ist doch wohl nur die Auffassung nach den Grundsätzen des Rechts und der Logik."

II. Die Neutralität des Rechtsbegriffs

Der Rechtsbegriff des Rechts ist Ausdruck einer Neutralisierung und Entpolitisierung. Er hat eine wesentlich polemische Bedeutung, die sich in der Negation außerjuristischer, unjuristischer und metajuristischer Vorstellungen erschöpft. Insbesondere beruht er auf der Trennung und Zerreißung von Recht und Moral. Der Begriff der Moral, der mit dem Rechtsbegriff des Rechts abgelehnt werden soll, hat in diesem Zusammenhang nur die Bedeutung eines Sammelbegriffs; er kann durch andere „außerjuristische" Begriffe wie Politik, Weltanschauung, Metaphysik und Theologie vertreten werden.

An einer bereits angeführten Stelle seiner Schrift „Staat und Kirche" sagt daher Sohm: „Seinen Inhalt gewinnt das Recht aus sich selbst und nicht aus der Moral[1])." Ein Hauptthema der ganzen Darlegung dieser Schrift ist die Unterscheidung von Rechtsgesetz und Sittengesetz, die unter dem Oberbegriff des ethischen Gesetzes zusammengefaßt und gegenübergestellt werden[2]). Die ethischen Gesetze sind für Sohm insgesamt „Willensgesetze" und bestehen „um der Vollkommenheit des Willens", d. h. „um der Vollkommenheit des Menschen willen". Das Rechtsgesetz betrifft dabei das Verhältnis des Menschen zum Menschen, das Sittengesetz das Verhältnis des Menschen zu Gott. Diese Auffassung läßt sich auch dahin ausdrücken, daß das Recht wesentlich Gemeinschaftsordnung ist, das Sittengesetz wesentlich nicht Gemeinschaftsordnung[3]); die Besonderheit, daß Sohm

[1]) Staat und Kirche, S. 12. — [2]) S. 10 ff.

[3]) Besonders interessant Weltl. u. geistl. Recht, S. 15 Anm. 8 (fehlt an der entsprechenden Stelle Kirchenr. II, S. 54 Anm. 7); ferner etwa Institutionen, 16. Aufl., S. 22, 23 Anm. 2, S. 26; Bürgerl. Recht, in Hinnebergs Kultur der Gegenwart, Teil II, Abtl. VIII, 2. Aufl., S. 66 f., 89; Kirchenr. II, S. 49.

später neben der Rechtsordnung auch noch andere Arten der Gemeinschaftsordnung kennt, kann hier beiseite bleiben. Nun bestehen zwar zwischen Recht und Moral gewisse Zusammenhänge und Querverbindungen, nämlich einerseits inhaltliche Parallelismen[1]), und anderseits das Verhältnis wechselseitiger Garantie der Geltung. Doch wird in der ersteren Hinsicht betont, daß nicht der Inhalt der Rechtsordnung sittlich notwendig ist, sondern nur deren Geltung[2]); in letzterer Hinsicht bedeutet dies, daß die staatliche Rechtsmacht nicht ihres Inhalts wegen „ethisch gefordert" und sanktioniert ist, sondern nur deshalb, weil sie die Voraussetzung für die Erfüllung des Sittengesetzes schafft[3]). An der prinzipiellen Unterscheidung und Trennung beider Bereiche wird also durch diese Parallelismen und Querverbindungen nichts geändert.

Sohm hat diese Trennung namentlich am Ehe- und Familienrecht exemplifiziert. Dazu gab ihm die Einführung der obligatorischen Zivilehe in Preußen und im Reich die konkrete Veranlassung. Er erklärte zu dieser Entwicklung: „Die Ethik der Ehe ist in Widerspruch zu ihrem Recht getreten". Er sah, daß die Ethik zur vollen ehelichen Lebensgemeinschaft die kirchliche Trauung für erforderlich hält. So kam es „zu dem Begriff einer doppelten Eheschließung, einer nur rechtlich und einer nur ethisch wirksamen, einer bürgerlichen und einer christlichen Eheschließung[4])". An der konkreten Ordnung von Ehe und Familie mußten daher zwei Seiten unterschieden werden. Die juristische Seite wurde dem Bürgerlichen Recht unterstellt; so konnte die „juristische" Grundlage der Ehe nur noch in einem „Rechtsgeschäft" erblickt werden[5]). Die Ethik der Ehe aber blieb eine losgelöst vom Recht für sich bestehende Sphäre: „Die normale Ehe kann und soll nicht der Gesetzgeber, sondern nur das Ehepaar selber schaffen. Der letzte Grundgedanke ist, daß die volle Gemeinschaft des beiderseitigen Vermögens, die ja in der Idee der vollen Lebensgemeinschaft der Ehegatten entspricht, nicht durch den Zwang der Rechtsordnung, sondern durch die freie sittliche Tat der Ehegatten herbeigeführt werden soll[6])". Die Folgerung aus diesem Grundgedanken ist dann notwendig die, daß das Recht die anormale, nicht der „Idee" entsprechende Ehe als „normal" voraussetzt. Die Trennung von Recht und Moral führt also logisch und praktisch zum Widerspruch von Recht und Moral.

a) Die Trennung von Recht und Moral, von äußerer Legalität der Handlungen, die „in die Augen fällt", und innerlich „verborgener" Moralität, bei der es auf die Gesinnung ankommt, wird gemeinhin auf Kant (vgl. zu der eben zitierten Formulierung: Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Drittes Stück, 1. Abt. III, Reclam-Ausg. S. 103) und auf das Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts zurückgeführt. Man hat Kant gegen diese Auslegung in Schutz genommen, so Manigk, Die Idee des Naturrechts, Festg. f. R. Stammler, S. 21, mit der Begründung, daß auch bei Kant Verbindungen zwischen Legalität und Moralität exi-

[1]) Institutionen, S. 24, aber auch S. 25. — [2]) Kirchenr. II, S. 53. — [3]) Staat und Kirche, S. 14; Kirchenr. II, S. 51 ff. — [4]) Trauung und Verlobung, S. 146. — [5]) Bürgerl. Recht, S. 132. — [6]) Über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, Gruchots Beiträge, Bd. 39, S. 745.

stieren, sofern nämlich „jede rechtlich normierte Pflicht auch als sittliche Pflicht erfüllt werden kann“. Doch ist die durch das „Auch als“ hergestellte nachträgliche Verknüpfung nur eine Kompensierung, nicht aber eine prinzipielle Überwindung der Trennung von Recht und Moral. Die innere Gesetzgebung des freien Vernunftwesens kann die statutarischen Rechtsgebote eines äußeren Gesetzgebers zwar als für sich verbindlich anerkennen, doch bedarf es dazu stets einer besonderen Umschaltung und Transformation. Über die Kategorie des „Auch als“ ist zu vergleichen Carl Eschweiler, Die zwei Wege der neueren Theologie, S. 63 ff. — Den philosophischen Grundlagen der Trennung von Recht und Moral kann hier nicht weiter nachgegangen werden, wohl aber bedürfen ihre spezifisch rechtswissenschaftlichen Äußerungsformen einer kurzen Würdigung.

b) Die sogenannte geschichtliche Rechtsschule Savignys und seiner Nachfolger ist in diesem Punkte von der kantischen Philosophie abhängig geblieben. Das zeigt sich besonders deutlich in Savignys Übersetzung der drei juris praecepta von Dig. 1, 1, 10 (De justitia et jure). Savigny übersetzt, System des heutigen Römischen Rechts I, S. 407, das „honeste vivere“ mit „Erhaltung der sittlichen Würde in der eigenen Person“; dementsprechend ist dann „neminem laedere“ soviel wie „Achtung der fremden Person als solcher, also die praktische Anerkennung der sogenannten Urrechte“, während sich das „suum cuique tribuere“ auf die „erworbenen Rechte“ beziehen soll. Das in diesem Zusammenhang Entscheidende ist, daß Savigny diese drei juris praecepta ausdrücklich nicht als „Rechtsregeln“ angesehen wissen will, sondern als „sittliche Vorschriften, worin Rechtsregeln ihre Grundlage haben“ (S. 408). Er versäumt nicht, den Gegensatz seiner Auffassung zu dem zu betonen, „was man nach Ulpians Ausdruck glauben möchte“. Dieses Beispiel zeigt deutlich, was die Herrschaft des sogenannten römischen Rechts in Deutschland praktisch bedeutet, und wie wenig sich das heutige römische Recht in der Sache mit dem römischen Recht der Digesten deckte. Der Rangfolge nach steht bei Savigny das honeste vivere am höchsten, „weil es das innerlichste ist“ (S. 409); „sieht man dagegen auf die Wichtigkeit und Fruchtbarkeit der drei praecepta für das Recht, so ist das Verhältnis gerade umgekehrt. Das dritte ist die ergiebigste Quelle von Rechtsregeln, das zweite und erste sind stufenweise weniger ergiebig; sehr natürlich, weil das Recht dem Gebiete des äußeren Zusammenlebens angehört“. — Savigny hat diesen Gedanken auch für das Ehe- und Familienrecht durchgeführt, s. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1. Ausg., S. 40: „Die Ehe gehört nur zur Hälfte dem Rechte an, zur Hälfte aber der Sitte.“

Auch bei G. F. Puchta steht die „rechtliche Überzeugung der Völker“ selbständig neben der religiösen und moralischen, vgl. Gewohnheitsrecht I, S. 139 ff. — Ebenso kennt C. v. Rotteck, Lehrb. des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, 3. Bd., S. 15, ein „dreifaches Gesetz des Handelns, das des Rechts, das der Moral und das der Klugheit“. Nach ihm ist „das Wesen der Gesellschaft, also des Staates, rein juristisch, nicht aber moralisch“ (S. 17). Da dem so ist, wird auch ein spezifisch „rechtsstaatliches“ Pathos möglich, d. h. die Politik wird dem „Recht“ unterworfen; hier ist „die erste und wichtigste Frage die des Rechts. Erst nach deren bestimmter und umfassender Beantwortung, d. h. erst nach geschehener genauer Zeichnung des von Rechtsschranken umfangenen Kreises, darf die Klugheit ihre zählende Stimme erheben. Also will es die nach Allgemeingültigkeit und Harmonie ihrer Diktate strebende Vernunft und der den Vernunftgeboten huldigende edlere Zeitgeist“ (S. 1).

c) Stahl-Jolson kann den zweifelhaften Ruhm für sich in Anspruch nehmen, die Lehren der sogenannten geschichtlichen Rechtsschule endgültig in einen entschiedenen Positivismus übergeführt zu haben. Dieser Mann genoß zu seiner Zeit bei politischen Freunden und Gegnern allgemeine Verehrung, wofür eine Stelle

aus R. v. Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften I, S. 254, zitiert sei: „Ihm", Jolson, „kommt keiner gleich an Ernst und Tiefe des juristischen Denkens, an juristischer Schärfe und an klarer Kritik; viele Abschnitte, namentlich in der Geschichte der Literatur, sind meisterhaft; es ist in ihm ein großer, wenn schon wohl irregehender politischer Sinn." Dem politischen Sinn Jolsons ist es im 19. Jahrhundert gelungen, die Klarheit der politischen Freund- und Feindunterscheidung zu trüben; sein christlicher Konservativismus verdrängte die Hegelsche Staatsphilosophie von den Lehrstühlen; sein rechtswissenschaftlicher Positivismus hatte das Ergebnis, daß die wahrhaft philosophischen und geschichtlichen Denker wie Georg Beseler und Rudolf Gneist, Julius Hermann von Kirchmann und Oskar Bülow, Burkhard Wilhelm Leist und Paul Klöppel, sozusagen an der Peripherie des allgemeinen rechtswissenschaftlichen Denkens zu existieren gezwungen und der politischen Wirkungsmöglichkeit beraubt waren. Dabei sind Jolsons Lehren über Recht und Moral weder ernst noch tief, weder scharf noch klar, obwohl er selbst diese Worte sehr häufig im Munde führt. In seiner Philosophie des Rechts, 2. Aufl., II, 1, betont er auf der einen Seite, daß es eine „scharfe Scheidelinie" zwischen Recht und Moral nicht gibt (S. 170). Auf der andern Seite aber heißt es: „Das sittliche Handeln des Menschen scheidet sich, wie die Tatsache zeigt, in zwei Gebiete von verschiedenem Inhalt und Charakter, das moralische und das Rechtsgebiet. Dieser Dualismus des Gesamtethos, der für die ernste Betrachtung so befremdend scheint, hat, tiefer erkannt, seinen klaren Grund der Notwendigkeit" (S. 161), nämlich den, daß „die Liebe nur den Zwang ersetzen kann, nicht aber das Recht, denn die Liebe ist nicht gestaltend" (S. 166 Anm). Doch wird der Sinn dieser Stelle wieder abgeschwächt, wenn es weiter heißt, der physische Zwang sei der „handgreiflichste Unterschied" zwischen Recht und Moral (S. 172). Als Beispiel für die Abgrenzung von Recht und Moral führt Jolson die Familie an: „In der Familie sind die unendlich mannigfaltigen Äußerungen der Liebe, der Pietät, die immer individuell sein müssen, die nur in dem stets neu schaffenden und erfinderischen Gefühl selbst ihren Wert haben, moralischer Natur" (S. 165). Diese Stelle ist in jeder Hinsicht sonderbar; niemand wird verstehen, warum die Liebe einerseits nicht gestaltend, andererseits aber doch wieder schaffend und erfinderisch sein soll. Unermüdlich wird von Jolson versichert, daß „das Eherecht nicht die positive Einigung und Hingebung der Gatten enthält", sondern „nur daß nicht Polygamie, Ehebruch, willkürlicher Wechsel der Ehe, Verlassung des andern Teils, Unversorgung der Familie statthabe, also nur, daß der Begriff der Ehe bestehe" (S. 168). Hier soll nur der Begriff gerettet werden. Wiederum ist die Rede von „Keuschheit, Pietät, Fürsorge, Gehorsam für die Familie" (S. 169), und „deshalb ahnen alle tieferen Gemüter, daß eine Lostrennung des Rechts von der Moral — wie das abstrakte Naturrecht sie durchführt — notwendig unwahr sein müsse. Allein dessen ungeachtet ist jede Vermischung derselben strenge ausgeschlossen". Weitere Belege habe ich in meiner „Disputation über den Rechtsstaat" (mit Otto von Schweinichen) angeführt.

d) Auf weitere Beispiele für die Trennung von Recht und Moral in der positivistischen Rechtslehre hinzuweisen, möchte sich fast erübrigen angesichts des Niveaus, auf dem sich diese Disjunktion im 19. Jahrhundert bewegt. Nur einige besonders wichtige Fälle sollen noch genannt werden. Ein weiterer Vertreter des Rechtsstaates, O. Bähr, unterscheidet gleich zu Beginn seiner Untersuchung das Recht von „Sitte, Sittlichkeit und Weisheit" (Rechtsstaat, S. 4). Die geschichtliche Auseinandersetzung mit dem Problem führt nicht zu einer kritischen Würdigung des eigenen Rechtsbegriffs, sondern nur zu einer schulmeisterlichen Erhebung über die Geschichte. So sieht J. C. Bluntschli, Der Rechtsbegriff, Gesammelte Schriften I, S. 23, das Verdienst der Römer in der praktischen Durchführung der Scheidung von Recht und Moral, muß aber zugeben, daß sie auf die Frage nach dem beider-

seitigen Verhältnis „gar nicht oder unrichtig in der Theorie geantwortet“ haben. Ähnlich erklärt O. Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht, S. 18, die Grenzziehung zwischen Recht und Moral im Mittelalter für mangelhaft.

G. Jellinek hat die bekannte Theorie aufgestellt, daß das Recht ein „ethisches Minimum“ fordert, vgl. Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, bes. S. 56. Diese Theorie tritt mit großen moralischen Ansprüchen auf den Plan und polemisiert gegen die scharfe Trennung von Legalität und Moralität (S. 50) mit den üblichen Argumenten; die Rechtsnorm sei „auch innerlich in den Willen aufzunehmen“ (S. 54), dem „Rechtsgefühl“ dürfe die ethische Bedeutung „nicht abgesprochen werden“ (S. 55). Aber auf der anderen Seite warnt sie davor, das Recht „zu sittlich zu machen“ (S. 53) und meint, der Gläubiger, der seine Forderung rücksichtslos eintreibt, handle nicht unsittlich, wenngleich er „sittlicher“ handeln würde, wenn er die Schuld erließe. Der Mißbrauch der Zwangsvollstrekkung bleibt von dieser Theorie des ethischen Minimums unberührt, und das Minimum sinkt auf den Nullpunkt, wenn H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 52, erklärt: „Man ist nur insofern rechtlich verpflichtet, nicht zu stehlen, als man — im Falle des Diebstahls — bestraft werden soll“ — eine Theorie, die der Rechtsauffassung des pfiffigen Chahum (in Dickens' Oliver Twist) voll gerecht werden dürfte. — Sohm hätte derartige Folgerungen aus dem Rechtsbegriff des Rechts abgelehnt, vgl. seine Polemik gegen Friedberg, Trauung und Verlobung, S. 9: Er „stellt mich zur Rede, weil ich in meiner Arbeit von Unlöslichkeit des Verlöbnisses (gleich der Ehe) und davon gesprochen habe . . ., daß man der Strafe des Verlöbnisbruchs gegenüber das Verlöbnis nicht als ein ‚lösliches‘ Verhältnis (im Gegensatz zur Ehe) bezeichnen dürfe. Friedberg will vielmehr Verlöbnis und Ehe in gleicher Weise als ‚löslich‘ (nämlich als frei löslich) bezeichnet wissen . . . Mit demselben Recht könnte man sagen, daß der Diebstahl nach unserem Recht jedermann frei stehe, er brauche sich nur die Strafe des Diebstahls gefallen zu lassen“. Vgl. noch S. 5 der angeführten Schrift.

III. Die reine Technizität des Rechts

Der Rechtsbegriff des Rechts beruht auf der reinen Technizität des Rechts. Das Wesen der Technik scheint ja gerade in ihrer unpolitischen Neutralität und Instrumentalität zu bestehen. Schließt man aus dem Rechtsbegriff alle sittlichen und damit zugleich alle politischen, weltanschaulichen, metaphysischen und theologischen Elemente aus, so bleibt zuletzt nur noch die reine Technizität übrig. Natürlich kann man statt juristischer Technik auch juristische Methode sagen, ohne daß sich in der Sache etwas ändert.

Zur reinen Technizität des Rechts hat sich auch Rudolph Sohm bekannt. Er sagt an einer berühmten Stelle zu Beginn seines Kirchenrechts: „Das Recht hängt grundsätzlich an der Form (summum jus summa injuria) und es muß zunächst an der Form hängen, denn nur so vermag es zu der über den Parteien stehenden, beiden Teilen trotz entgegengesetzter Interessen als gerecht sich aufzwingenden, nicht aus den Einflüssen des Augenblicks, sondern aus feststehenden, überlieferten, gemeingültigen Grundsätzen hervorgehenden Entscheidung zu gelangen[1])“. Die einzelnen Merkmale dieser Definition werden uns noch in einem späteren Kapitel unserer Arbeit eingehend beschäftigen.

[1]) Kirchenr. I, S. 1 ff.

Hier sei nur soviel bemerkt, daß der Formbegriff Sohms offenbar rein technisch gemeint ist[1]). Die reine Technizität des Rechts schwebt Sohm vor, wenn er davon spricht, daß sich die Rechtswissenschaft durch die Vorherrschaft der „formalen" Begriffsbildung auszeichnet, und wenn er in diesem Zusammenhang von „juristischer, d. h. formaler Begriffsjurisprudenz" redet[2]). Er rühmt die vollendete technische Durchbildung der Rechtssätze im 19. Jahrhundert und speziell im Bürgerlichen Gesetzbuch: „Die Paragraphen sind von Stahl gearbeitet, schneidig und doch biegsam. Jedes Wort hat seinen bestimmten Sinn. Jedes Wort kann und muß erwogen werden. Fast jeder Ausdruck ist ein Kunstausdruck[3])". Die „reine" Technizität dieses Gesetzbuches äußert sich auch darin, daß es „über alle Grundbegriffe schweigt[4])".

Anders verhielt sich in dieser Hinsicht das Schweizer Zivilgesetzbuch. Hier stand im Vordergrunde nicht juristische Technizität, sondern Volkstümlichkeit. Auch die Trennung von Recht und Moral war hier nicht streng durchgeführt; man denke nur an den bekannten Artikel 419, der eine Treue- und Beistandspflicht der Ehegatten als rechtliche Pflicht anerkennt. Sohm gibt demgegenüber der Methodik des Bürgerlichen Gesetzbuches den Vorzug. Dieses ist an „technisch durchgebildeten Rechtssätzen viel reicher"; „der juristische Gehalt, der doch einmal nötig ist, um die Herrschaft über den Inhalt eines Gesetzbuchs zu ermöglichen, ist im deutschen Gesetzbuch durchaus mächtiger, reicher, ergiebiger[5])".

Der Rechtsbegriff des Rechts führt zur Konstruktion von „technischen" Begriffen, die sich von den volkstümlichen und natürlichen Begriffen unterscheiden. Als ein Beispiel sei angeführt, daß Sohm die ethisch wirksame, christliche Eheschließung nicht als Eheschließung im „technischen" Sinne gelten läßt: „Eheschließung im technischen Sinn ist nur der Vorgang, welcher rechtlich die Ehe hervorbringt[6])". Die aus der christlichen Ethik überlieferten Begriffe haben also nicht den Rang von technischen Begriffen.

a) Auch die Technizität des Rechts gehört zur rechtswissenschaftlichen Denkweise des 19. Jahrhunderts. Savigny hat im Recht zwei Elemente unterschieden, ein „politisches", welches näher bestimmt wird als „allgemeiner Volksglaube", und ein „technisch-wissenschaftliches" (Beruf, S. 14). In seiner berühmten Untersuchung über die Kodifikationsfrage befaßt er sich ausdrücklich nur mit dem technisch-wissenschaftlichen Element und sagt, daß „Gesetze von politischem Grunde" „nicht hierher gehören" (S. 131). Er hat den Beruf seiner Zeit zur Gesetzgebung, streng genommen, nicht schlechthin verneint, wohl aber auf das politische Element eingeschränkt. Damit wird praktisch die technische Durchführung einer politischen Entscheidung verhindert, und Savignys Abhandlung ist, gerade weil sie sich mit Gesetzen „von politischem Grunde" nicht befaßt, Ausdruck einer politischen Entscheidung für den gemeinrechtlichen Status quo. Infolge der Trennung und Zerreißung von Technik und Politik war an seinen Ausführungen nur das Nein

[1]) Über den Begriff der technischen Form: Carl Schmitt, Politische Theologie, 2. Ausg., S. 36ff. — [2]) DJZ. 1910, Sp. 117. — [3]) Bürgerl. Recht, S. 83. — [4]) Bürgerl. Recht, S. 84. Vgl. aber V. Puntschart, Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel, S. 4. — [5]) DJZ. 1910, Sp. 614; vgl. auch Institutionen, S. 2. — [6]) Trauung und Verlobung, S. 146.

bedeutsam und aktuell. Neben einer Gesetzgebung „von politischem Grunde“ hat Savigny ferner für einen seiner Zeit zugänglichen Gegenstand der Gesetzgebung erklärt: „Entscheidung von Kontroversen“ und „Verzeichnung alter Gewohnheiten“. Das letztere ist eine museale Belanglosigkeit, das erstere nicht Sache des Gesetzgebers. Die Entscheidung einer Kontroverse durch den Gesetzgeber ist immer eine posthume Entscheidung. Außerdem pflegen Gesetze gemeinhin Gegenstand und nicht Entscheidungsgrundlage von Kontroversen zu sein; dann ist der regressus in infinitum nicht zu umgehen. Der „Gesetzgeber“ ist eben Gesetzgeber und nicht judex controversiarum. — An einer andern Stelle seiner Schrift rühmt Savigny die Meisterschaft der römischen Juristen in der „juristischen Methode“, während über den „materiellen Wert des römischen Rechts die Meinungen sehr verschieden sein können“ (S. 35).

b) Jhering, Geist des römischen Rechts I, S. 20, hat Savigny vorgeworfen, er setze „den Wert des römischen Rechts ausschließlich in das juristisch-technische Moment“. Doch erblickt auch Jhering „die Funktion des Rechts im allgemeinen darin, sich zu verwirklichen“ (S. 49); daher heißt es: „Unter formaler Realisierbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstrakten Rechts auf die konkreten Fälle“ (S. 51). Immer wieder spricht Jhering von „Festigkeit, Bestimmtheit und Gleichmäßigkeit“, und von „Regelmäßigkeit, Sicherheit und Berechenbarkeit“ (Geist II, 1, S. 37, 45). Ferner wird bemerkt, die „juristische Technik“ sei die „spezifisch juristische Seite des Rechts“ (Geist II, 2, S. 309). „Die Angemessenheit des Rechts . . . ist rein formaler Art. Sie liegt beschlossen in der Frage: wie soll das Recht, ganz abgesehen von seinem Inhalt, eingerichtet und gestaltet sein, damit es durch die Art seines Mechanismus die Anwendung der Rechtssätze auf den konkreten Fall möglichst vereinfache, erleichtere und sichere“ (S. 325). Die „juristische Methode“ ist „der Punkt, an dem jeder Laie sich seines Laientums bewußt werden muß . . . Dem Juristen sollte billigerweise nichts bekannter sein als sie, denn gerade sie ist es, die ihn zum Juristen macht“. Freilich: wollte man nach dem Wesen dieser Methode fragen, „die Antwort würde schwerlich über die rezipierte Phrase eines Rechnens mit Begriffen hinauskommen“ (S. 310). Die „rezipierte Phrase“ findet sich schon bei Savigny, Beruf, S. 29, und ist wiederholt bei Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 18. Für diesen ist allerdings die Frage nach der juristischen Methode allezeit dunkel geblieben (S. 79). Die Rechtsgeschichte ist für Bergbohm wesentlich eine Geschichte von methodologischen Streitigkeiten; selbst der Gegensatz von Naturrecht und Positivismus ist kein axiomatischer, sondern ein methodologischer Streit (S. 139). — Nach Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 24, ist der juristische Zweck eine „feste Terminologie“. — Auf die methodologischen Auseinandersetzungen der reinen Rechtslehre braucht hier nicht eingegangen zu werden. — Auch Schönfeld, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 18, S. 58, meint: „Die Frage nach der juristischen Methode stellen, heißt die Bedingungen der Möglichkeit juristischer Erkenntnis aufsuchen, das juristische Apriori erörtern.“ Das ist aber offenbar nicht korrekt; und man müßte zunächst nach der Möglichkeit der Bedingungen der Möglichkeit juristischer Erkenntnis fragen; eine sachliche juristische Erkenntnis ist bei diesem Verfahren allerdings erst im Unendlichen erreichbar. Es liegt nach Schönfeld im Wesen der juristischen Methode, „eindeutig, einseitig, eindimensional oder wie man sonst es nennen will, zu sein“ (S. 59). Diese Eindimensionalität hat zwangsläufig eine ausdrückliche Absage an die Metaphysik zur Folge (S. 72), und ebenso zwangsläufig wird mit der Absage an die Metaphysik dann doch wieder Metaphysik getrieben, indem es an derselben Stelle heißt, der Unterschied von „wissenschaftlicher“ und „religiöser“ Betrachtung liege darin, daß für jene die Welt keinen Schöpfer habe, weil der Begriff der Ursache nur im, nicht aber vom Seienden gilt.

IV. Das wissenschaftliche Recht

Zum Rechtsbegriff des Rechts gehört endlich auch die „Wissenschaftlichkeit". Sie ist die Grundlage der Technizität des Rechts. Die Rechtstechnik ist rational, nicht traditional bestimmt, im Sinne der bekannten Unterscheidung Werner Sombarts und Max Webers. Das Recht ist „wissenschaftliches" Recht. Sittlichkeit, Politik, Weltanschauung, Metaphysik und Theologie werden abgelehnt; die Wissenschaft bleibt.

Die Wissenschaftlichkeit des Rechts ist nach Art der Mathematik konstruiert, dem Gegenstand nach ist sie Individual-Psychologie oder Soziologie. Das wissenschaftliche Recht baut sich auf den positivistischen Grundwissenschaften auf. Die bekannte Disjunktion von Jurisprudenz und Soziologie in der reinen Rechtslehre und die Ablehnung des „Psychologismus" zeugt noch immer, wenn auch in der Weise der Negation, für diesen Zusammenhang. Hier, am Ende des rechtswissenschaftlichen Positivismus, ist die Entleerung soweit getrieben, daß das Wesen der Rechtswissenschaft nur noch in der Logik, d. h. im Funktionalismus der Allgemeinbegriffe erblickt wird.

Sohm sagt: Das Bürgerliche Gesetzbuch „schweigt über alle Grundbegriffe, um der Wissenschaft und Praxis Raum für die Entfaltung ihrer Kräfte zu geben[1])". Damit erledigt sich für ihn ein Problem, das den Positivismus von Anfang an beunruhigt hatte, nämlich die Frage nach dem Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Zwischen Gesetzespositivismus und Wissenschaftlichkeit alterniert der rechtswissenschaftliche Positivismus beständig hin und her. Auch Sohm hatte eine Zeitlang geschwankt und sich an einer andern Stelle seines Gesamtwerkes, die aus seinen früheren Jahren stammt, anders entschieden. Er hatte gesagt: „In der Wissenschaft sind wir historisch, in der praktischen Gesetzgebung aber revolutionär." Er hatte von einer „Alleinherrschaft der gesetzgeberischen Intelligenz" gesprochen und verkündet: „Das Recht von heute ruht nicht im Corpus Juris, noch in der Wissenschaft, noch in den Gewohnheiten der Nation, sondern in den Falten des Mantels der Gesetzgeber[2])." Vielleicht war es seine eigene Tätigkeit in der Praxis der Gesetzgebung, die ihn eines besseren belehrt hat.

Auch gegenüber der Rechtspraxis blieb für ihn die Wissenschaft das überwiegende Prinzip des Rechts. Die Rechtspraxis wurde selbst von der Wissenschaft getragen und maßgeblich bestimmt. Das Corpus Juris war nur „formal" beseitigt[3]); als Bildungsmittel blieb es unersetzlich[4]). Das Bürgerliche Gesetzbuch wendet sich an einen „gelehrten Richterstand": „Unser deutsches bürgerliches Gesetzbuch hat die deutsche Art. Es ist dem deutschen rechtsgelehrten Richter auf den Leib geschrieben, diesem so viel geschmähten weltfremden deutschen Richter, dessen Pflichttreue gegen das Gesetz eine der stärksten Grundfesten des Gemeinwesens

[1]) Bürgerl. Recht, S. 84. — [2]) Fränkisches und römisches Recht, Zeitschr. Sav. St., Bd. 14, German. Abt. Bd. 1, S. 80. — [3]) Gruchots Beiträge, 39, S. 760. — [4]) Institutionen, S. 13.

darstellt[1])". Nicht der gerechte Richter oder der weise Richter ist das Ideal, sondern der rechtsgelehrte Richter. Dieser ist, wenn man so sagen darf, die Stütze der Gesellschaft. „In Deutschland aber haben wir die gelehrte Rechtsprechung, wollen auch keine andere. Denn nur die gelehrte Rechtsprechung sichert uns ein (soweit das überhaupt möglich ist) festes, gewisses, von richterlichem Dafürhalten unabhängiges Recht. Um des ‚gewissen' Rechtes willen haben wir einst das römische Recht rezipiert[2])".

Das einzige, worin demnach Sohms „Recht von heute" nicht ruht, sind die „Gewohnheiten der Nation". Die Distanz gegenüber dem Laientum gehört zum Begriff des „wissenschaftlichen" Rechts. „Für den Laien ist jedes Gesetzbuch in hebräischer Sprache geschrieben[3])". Jurist ist nur der wissenschaftlich geschulte Jurist. Sohm erkennt zwar recht gut, daß die „Begriffsjurisprudenz" der Wirklichkeit der Lebensverhältnisse nicht entspricht, will sie aber trotzdem als „Form der Darstellung" beibehalten. Die Rechtssätze müssen in die Rechtsbegriffe „hineingepreßt" werden: „das System der Rechtsbegriffe gibt uns die geistige Herrschaft über den gesamten Rechtsinhalt[4])". Mit Hilfe der juristischen Begriffe vermeint Sohm „nicht bloß das römische, sondern ebenso jedes andere Recht" zu „meistern[5])". Von Zeit und Situation ist dieses wissenschaftliche Recht völlig unabhängig. Hier herrscht die „dogmatische Konstruktion". „Wir dürfen es wohl sagen: wir haben der dogmatischen Bewegung die Krone aufgesetzt[6])". Das Geheimnis der dogmatischen Konstruktion besteht in der isolierenden Methode, darin, den Rechtsinhalt auf ein Rechtsalphabet zurückzuführen: die Buchstaben dieses Rechtsalphabets sind „fünfundzwanzig kleine unsichtbare Großmächte, welche die unzähligen Laute beherrschen[7])".

So sind die „Mächte des deutschen Rechtslebens" beschaffen, von denen Sohm die Erwartung hegt, daß sie „die irdenen Paragraphen des Entwurfs" zum Bürgerlichen Gesetzbuch „zu goldenen Paragraphen zu machen imstande sein" werden[8]). Die Bedeutung der Wissenschaft ist aufs höchste gesteigert; sie wird zu einer phantastischen und „mystischen" Größe, ähnlich wie das Wort „Recht" im „Rechtsstaat". Der Rechtsbegriff des Rechts, das „wissenschaftliche" Recht hat zur Voraussetzung, daß Begriffe wie Metaphysik und Mystik und die ihnen zugeordneten Realitäten für das Recht entfallen sind. „Wissenschaft" und „Recht" werden dann selbst zur Mystik. Wie das Recht, so ist auch die Wissenschaft „objektiv" und „neutral"; sie wird „absolut" und fällt ihre Urteile vom „absoluten Standpunkt[9])". Sie entscheidet aus ihrer Objektivität und Neutralität heraus die wichtigsten Fragen, z. B. den Konflikt von Staat und Kirche, ohne selbst für diese Entscheidung jemand anderem als dem eigenen Gewissen verantwortlich zu sein. Die Wissenschaft

---

[1]) Bürgerl. Recht, S. 82. — [2]) DJZ. 1910, Sp. 614. — [3]) Von der deutschen Rechtswissenschaft, S. 38. [4]) DJZ. 1909, Sp. 1021. — [5]) Institutionen, S. 10. — [6]) Von der deutschen Rechtswissenschaft, S. 41. [7]) A. a. O., S. 36. — [8]) Gruchots Beiträge, S. 756. — [9]) Staat und Kirche, S. 53.

ist „frei geboren", sie ist eine „Großmacht" und „Führerin der Menschheitsgeschichte", die „wie keine weltliche, so keine geistliche Obrigkeit" kennt[1]).

Das „wissenschaftliche" Recht ist das Fundament des Gesetzespositivismus des 19. Jahrhunderts. Es ist auch das Fundament des „Rechtsstaates". In der sogenannten geschichtlichen Rechtsschule ist das Prinzip der Wissenschaftlichkeit noch sichtbar, im späteren Positivismus wird es verdeckt gehalten. Nicht die Voraussetzungslosigkeit gehört zum Positivismus, sondern der Mangel an Einsicht in die konkrete Situation und der Wille, die eigenen Voraussetzungen zu ignorieren und dissimulieren.

a) Die Bedeutung des Rechtsstaats im 19. Jahrhundert erschöpft sich nicht darin, bloßer „Gesetzesstaat" zu sein. Dieses Mißverständnis, das der Schrift von H. Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, und den Ausführungen von Otto von Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat, S. 33 ff., zugrunde liegt, ist selbst noch in positivistischem Denken befangen. Der Gesetzesstaat ist nur ein Vordergrund auf dem bürgerlichen Theater; der bürgerlich-liberale Rechtsstaat ist die eigentliche „Sache" und res, die agiert wird. Den Gesetzesstaat bekämpfen, heißt einer Mystifikation erliegen und einem bürgerlich-liberalen Ablenkungsmanöver zum Opfer fallen. Eine prinzipielle Auseinandersetzung wird damit gerade umgangen. Das „wissenschaftliche" Recht ist dafür ein lehrreiches Beispiel.

Savigny hat sich, in dieser Terminologie ausgedrückt, gegen den Gesetzesstaat und zugleich um so nachhaltiger für den Rechtsstaat entschieden, wenn sich auch die beiden Worte bei ihm nicht selbst finden dürften. Die abschließende These der Schrift, die ihn berühmt gemacht hat, lautet: „In dem Zweck sind wir einig: wir wollen Grundlage eines sicheren Rechts, sicher gegen Eingriff der Willkür und ungerechter Gesinnung . . . Ich sehe das rechte Mittel in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein sein kann" (Beruf, S. 161). Da die Wissenschaftlichkeit seinen Rechtsbegriff beherrscht, so muß für ihn Jurist sein „ein jeder, der Rechtswissenschaft studiert hat" (System I, S. 85), und nicht etwa jeder, der durch die Schule der Rechtspraxis gegangen ist; vor Gerichtsgebrauch und Praxis wird vielmehr ausdrücklich gewarnt (System I, S. 97). Die Rechtswissenschaft wird von Savigny nach Art der Mathematik konstruiert. Er kritisiert die Versuche, durch Einzelaufzählung eine erschöpfende Vollständigkeit zu erreichen, wobei er das Preußische Landrecht im Auge hat, und spricht dann von „einer Vollständigkeit anderer Art, wie sie sich durch einen Kunstausdruck aus der Geometrie klarmachen läßt. In jedem Dreieck nämlich gibt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrigen mit Notwendigkeit folgen: durch diese, z. B. durch zwei Seiten und den zwischenliegenden Winkel, ist das Dreieck gegeben. Auf ähnliche Weise hat jeder Teil unseres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind; wir können sie die leitenden Grundsätze nennen" (Beruf, S. 22). In der Auffindung dieser leitenden Grundsätze besteht der wissenschaftliche Charakter der Jurisprudenz. Hat man sie nicht, so kann ein Gesetzbuch nur Schaden stiften, hat man sie, so erübrigt sich das Gesetzbuch.

Savignys Volksgeistlehre enthält keine Abkehr vom wissenschaftlichen Recht. Sie ist weniger Volksgeistlehre als Volksgeistlehre. Der Volksgeist ist von seiner physischen Grundlage, von Naturrecht, Blut und Rasse losgelöst. Zwar spricht Savigny einmal von der Rassenmischung als einem unglücklichen Experiment (System I, S. 28); doch glaubt man dabei einen leisen Unterton des Bedauerns über das Scheitern eines an sich sympathischen Planes deutlich herauszuhören. Das läge auch in der Konsequenz der ganzen Lehre. Das Volk ist „ein unsichtbares Natur-

[1]) Wesen und Ursprung des Katholizismus, S. 22 f.

ganzes“ (System I, S. 21), nicht eine sichtbare konkrete Gemeinschaft und auch nicht eine politisch aktionsfähige Körperschaft. Zwar stehen die „inneren stillwirkenden Kräfte“ der „Sitte“ und des „Volksglaubens“ am Anfang der Rechtsentwicklung, aber es gehört zur spezifischen Geschichtskonstruktion der Rechtslehre Savignys, daß der Fortschritt in der Aufsaugung dieser Kräfte durch die Tätigkeit der Jurisprudenz besteht (Beruf, S. 13/14). Den Zusammenhang mit der ursprünglichen Rechtsquelle sucht Savigny durch das Auskunftsmittel einer „Organ“- und „Repräsentations“-Theorie zu wahren (z. B. System I, S. 17/18, 39). Wenn er die Staaten mit den Individuen vergleicht — „jeder derselben ein wohlgesinnter und gebildeter Mensch“ (S. 32) —, so kommt darin zweierlei zum Ausdruck: einmal ist der Volksgeist, dessen wichtigste Schöpfung der Staat ist — „die Erzeugung des Staates“ ist die „höchste Stufe der Rechtserzeugung überhaupt“ (S. 22) —, ein Bildungsbegriff, und ferner ist er nur eine räumliche Unterabteilung der Menschheit. „Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menschengeist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart“ (S. 21). Auf der Suche nach der „höheren Einheit“ des individuellen und des allgemeinen Elements im Recht entdeckt Savigny, daß „das besondere oder nationale Element“ nicht der Geist, sondern „der bloße Buchstabe“ ist: „In solcher Abgeschlossenheit ist dasselbe unvollkommen und beschränkt, es hat aber die Fähigkeit, im Lauf der Zeit die ihm verwandten allgemeinen Prinzipien mehr und mehr in sich aufzunehmen und sich durch sie zu erweitern“ (S. 53, 55). Die Rezeption des römischen Rechts läßt sich so ohne Mühe erklären; denn nach Savigny „liegt überhaupt eine abgeschlossene nationale Entwicklung, wie die der Alten, nicht auf dem Wege, welchen die Natur den neueren Völkern angewiesen hat; wie ihre Religion nicht Eigentum der Völker ist, ihre Literatur ebensowenig frei von den mächtigsten äußeren Einflüssen, so scheint ihnen auch ein fremdes und gemeinsames bürgerliches Recht nicht unnatürlich“ (Beruf, S. 37/38). — Vgl. über Savigny noch: Disputation über den Rechtsstaat, S. 70, und die dort angegebene Literatur.

Die Volksgeistlehre Puchtas unterscheidet sich in den hier in Betracht kommenden Punkten nicht von derjenigen Savignys. Das Volk im natürlichen Sinne ist nicht „handlungsfähig“; „eine Handlung kann nur von einem einzelnen Subjekt geschehen, nicht von einem Ganzen als einer bloßen Idee, einem incertum corpus, wie die Römer sagen würden“ (Gewohnheitsrecht I, S. 137). Dem natürlichen Ganzen ist „keine andere Tätigkeit möglich, als diejenige, welche in dem Einfluß des Volksgeistes auf die einzelnen besteht, also eine innere“, während das Volk im politischen Sinne „nur einer äußeren Tätigkeit fähig“ ist und keine „Sitte“ begründen kann (S. 151). Auch Puchta greift daher zur Organ- und Repräsentationstheorie und läßt Gesetzgebung, Wissenschaft und Juristenstand als Vertreter des Volksgeistes tätig werden und das römische Recht als „Weltrecht“ rezipieren (S. 202).

b) Stahl-Jolson bildet auch hier den Übergang zum positivistischen Rechtsdenken im engeren Sinne. Das kommt mit voller Schärfe schon in der antithetischen Formulierung seiner „Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt v. Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ zum Ausdruck. Die rhetorische Antithese lautet hier schon: „Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein.“ Im einzelnen wird das „im Volk geltende“ Recht dem „im Volk lebenden Recht“ gegenübergestellt und das erstere für positiv und allein maßgebend erklärt (S. 4). Jolson wendet sich gegen die Einbeziehung des Volkes in die Rechtsprechung und meint: Eine „Volks-Jury“ würde „nach religiöser und politischer Partei urteilen“, was bei den Juristen nicht zu befürchten ist (S. 16). Er zeigt eine absolute Indifferenz gegen Zeit und Ort: jemand bleibt ein Rechtsgelehrter, „wenn er auch in ein fremdes Land und damit unter ein fremdes Gesetzbuch tritt“ (S. 17).

In der Folgezeit wird die Volksgeistlehre problematisch und unverständlich, und sie verdient es auch nicht anders. In seiner Rede „Rechtswissenschaft und Recht" (1854; abgedruckt in Ges. Reden und Abhandlungen, hrsg. P. Oertmann, S. 3 ff.), wendet sich B. Windscheid gegen diese Lehre mit der Bemerkung, daß das Rechtsbewußtsein nicht unmittelbar „Norm des Verhaltens und der richterlichen Entscheidung" wird (S. 11); die Gesetzgebung ist für ihn „fast die einzige Rechtsquelle". Es ist positivistisches Denken, immer nur nach der empirisch nächsten Ursache, dem unmittelbaren Geltungsgrund des Rechts zu fragen (Bergbohm, Jurisprudenz, S. 132) und die causa remota außer acht zu lassen, mag diese auch in Wirklichkeit die causa principalis sein. In diesem Zusammenhang wendet sich Windscheid weiter auch gegen die Schlüssigkeit des Vorwurfs, daß die Gesetzgebung eine unverständliche Sprache rede (S. 12).

Besonders drastisch hat sich über die Forderung nach einer volkstümlichen Sprache in Gesetzgebung und Rechtslehre Jhering geäußert: „So wenig der Bauer eine algebraische Formel darum versteht, weil sie mit gewöhnlichen Buchstaben, Zahlen usw. geschrieben ist, ebensowenig versteht er unsere juristischen Formeln, wenn wir statt culpa Schuld, dolus Betrug usw. sagen" (Geist II, 2, S. 332 Anm. 482). Für die „Grundsätze der juristischen Methode" behauptet er Ewigkeit und Allgemeingültigkeit „mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der mathematischen Methode für alle Zeiten unwandelbar dieselben bleiben werden" (S. 311). Dabei ist diese letztere Behauptung, wenn man den Schritt von Euklid zu den Arabern in Betracht zieht, im geschichtlichen Sinne doch nur bedingt richtig.

Bergbohm bezeichnet die Volksgeistlehre als „eine sehr starke Abstraktion", über die „nicht viel zu sagen" ist (Jurisprudenz, S. 490 Anm. 15). Den Historikern wird vorgeworfen, daß sie das Recht in bloße Bewußtseinsregungen auflösen (S. 507). Ein Volksbewußtsein kann es nach Bergbohm nicht geben, denn „jedes Bewußtsein" ist „unbedingt an ein psycho-physisches Individuum gebunden" (S. 492). Seine Kritik ist vollkommen berechtigt. Nicht berechtigt ist es dagegen, wenn Bergbohm einerseits aus der Interpretation des positiven Rechts sittliche, politische und weltanschauliche Maßstäbe ausschalten will (z. B. S. 139, 144, 151, 212, 392), andererseits aber als Auslegungsmittel nicht nur die „Analogie" und das „Generalisieren", sondern auch die Verwendung von „axiomartigen Prämissen", von „Lehnsätzen aus andern Wissenschaften, praktischen Lebensregeln und eigenen Einsichten mannigfacher Art" zulassen will (S. 139). Damit wird das „wissenschaftliche" Recht wieder eingeführt, zu gleicher Zeit aber die Auswahl des Interpretationsmaßstabs der individuellen Willkür anheimgestellt. Denn so wichtig diese Axiome in der Praxis auch sind, so gelten sie doch keinesfalls als verbindliche Rechtssätze, sondern nur als unverbindliche Lehrsätze; und diese Lehrsätze sind selbst im Munde des Gesetzgebers unverbindlich: dann spricht man witzig von „Monologen" des Gesetzgebers, vgl. etwa Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 68 Anm. 8 (der „große Faustmonolog"); Fr. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, in Arch. Ziv. Pr., 69, S. 275 ff., der diese Unterscheidung besonders radikal durchführt, z. B. S. 311 Anm. 36: „Die Wissenschaft hat nichts zu befehlen und der Gesetzgeber hat nichts zu dozieren"; auch Jhering, Der Zweck im Recht, 2. Aufl., I, S. 366/67. — Für Bergbohm ist der Rechtsbegriff ein „wissenschaftliches Internum" der Juristen, und die juristischen Begriffe insgesamt „Stenogramme unter Eingeweihten" (Jurisprudenz, S. 359 und 54).

Bei Zitelmann wird das „wissenschaftliche Recht" beibehalten, die Volksgeistlehre aber preisgegeben. Zitelmann bezeichnet als „Rechtsbegriffe" „alle diejenigen Begriffe, die als Bestandteil eines Rechtssatzes vorkommen" und unterscheidet zwei Arten von Rechtsbegriffen, nämlich einmal „faktische" Begriffe, die das Recht zu „juristisch-technischen" verarbeitet und sodann Lebensbegriffe, die

das Recht aufnimmt, wie sie sind. Ein Begriff der letzteren Art ist für Zitelmann derjenige des Irrsinns. „Der Begriff des Irrsinns im Gesetz ist eben nichts anderes als ein leeres Gefäß, in welches die jeweilige Spezialwissenschaft den Inhalt erst hineinzugießen hat“ (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 17/18). Der Irrsinnige, so ist der erste Eindruck, bringt den Positivisten zur Vernunft, und der Narr muß, wie es bei Shakespeare heißt, auf den Tollen achtgeben. Doch kommt der Positivist in Wirklichkeit nicht zur Vernunft, sondern setzt die „jeweilige Spezialwissenschaft“ sofort mit dem Leben gleich. Für Zitelmann war diese Spezialwissenschaft die Psychologie; er bezeichnet daher seine Schrift als eine psychologisch-juristische Untersuchung. Zitelmann sieht deutlich, daß das Volksbewußtsein der Historiker nicht Quelle des gesetzlichen Rechts ist; der Geist des Gesetzgebers kann dem „Volksgeist feindlich sein“ (Arch. Ziv. Pr. 66, S. 426) und die Vertretung des Volks durch die Juristen ist eine leere „Redensart“ (S. 423; anders noch S. 380). Er spottet über das „unbewußte Rechtsbewußtsein“ (S. 389), von dem Puchta ausgeht, übersieht aber, daß nicht das Bewußtsein selbst unbewußt ist, sondern nur dessen rechtliche Qualifikation. Immerhin hat er mit seiner Kritik den fragwürdigen Psychologismus der Volksgeistlehre und die Abstraktheit des zugehörigen Rechtsbegriffs aufgedeckt.

G. Jellinek sieht in der analytischen Psychologie nicht nur die Voraussetzung der Irrtums- und Rechtsgeschäftslehre, sondern auch diejenige der Allgemeinen Staatslehre (Allgem. Staatslehre, 3. Aufl., hrsg. W. Jellinek, S. 80 mit Anm. 1). Dagegen heißt es von den „zahlreichen anthropologischen und ethnologischen Hypothesen“, daß sie sich „jedem, der seinen politischen und sozialen Velleitäten ein wissenschaftliches Mäntelchen anhängen will, zur beliebigen Auswahl anbieten“. Dasselbe läßt sich aber mindestens genau so gut von der analytischen Psychologie sagen, die bereits in ihrer Grundvoraussetzung, dem abstrakten Individuum, und dem Zentralbegriff der libido eine Velleität enthält. Ebenso sind die Grundbegriffe von Jellineks Allgemeiner Staatslehre, wie z. B. der von ihm erfundene Interessenbefriedigungsanspruch des Individuums gegen den Staat, sowie der Begriff der Allgemeinen Staatslehre selbst, Velleitäten, die der Anthropologie und Ethnologie auch dann nicht entgehen, wenn sie darauf verzichten, sich ihrer eigenen anthropologischen und ethnologischen Voraussetzungen bewußt zu werden.

Dagegen lag das Legitimationszeugnis, das sich die Laband-Schule für ihre Jurisprudenz selbst erteilte, nur noch in der reinen Logik: „Ich begreife vollkommen, daß jemand der Rechtsdogmatik keinen Geschmack abgewinnen kann und es vorzieht, vergangene Zeiten zu erforschen oder die nützlichen und schädlichen Folgen gewisser staatlicher Institutionen zu erwägen; ich verstehe es aber nicht, wenn jemand einer dogmatischen Behandlung es zum Vorwurf macht, daß sie mit logischen Schlußfolgerungen operiert statt mit historischen Untersuchungen und politischen Erörterungen“ (Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., I, S. IX). Schönfeld, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. 18, S. 92, rühmt die „klassische Kühle“ dieser Äußerung; aber diese Klassizität ist heute entfallen.

Die These des bekannten Buches von M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (1903) beruht auf dem Axiom, daß „das Volk das Recht nicht kennt“ (S. 6 ff.).

c) Leider scheint auch H. Barion, Rudolph Sohm, S. 19, ein Denker, den im übrigen von den letzterwähnten Positivisten eine Welt trennt, eine juristische Argumentation nur entweder als rechtslogische oder als rechtssoziologische gelten lassen zu wollen. Diese Disjunktion setzt einmal den Begriff der „formalen“, d. h. abstrakt-funktionalistischen Logik, und sodann die Alleinherrschaft des „Sozialen“ voraus, die ins 19. Jahrhundert gehört. Von hier aus gelangt dann Barion zu der unbefriedigenden These, daß die Auseinandersetzung mit Sohm in eine Selbstbescheidung des Juristen zugunsten des Theologen mündet (S. 27).

Zweites Kapitel

Die imperativische Zwangsnorm

I. Norm, Imperativ, Geltungszwang, Erzwingbarkeit

Die Formel „Rechtsbegriff des Rechts" soll für das 19. Jahrhundert die Natur des Rechtsbegriffs, sein Wesen, seine formale Struktur zum Ausdruck bringen. Daneben kennt das 19. Jahrhundert aber auch noch eine andere Definition des Rechts, die hier mit der Formel „imperativische Zwangsnorm" bezeichnet werden soll. Diese Bezeichnung deckt sich sachlich ungefähr mit dem, was in der üblichen Terminologie den Namen eines „Gesetzes im materiellen Sinne" führt. Eine echte Realdefinition des Rechts enthält sie allerdings ebensowenig wie jene erste Formel. Wie diese lehnt sie es vielmehr gerade ab, den Rechtsbegriff von einer sachlichen Qualität her zu bestimmen, und hat im Gegenteil gerade die Bedeutung, den Rechtsbegriff von allen sittlichen, politischen, weltanschaulichen und sonstigen metajuristischen Elementen zu reinigen. Die Verwandlung des Rechts in einen bloßen Funktionsmodus ist auch hier beibehalten. Aber die „imperativische Zwangsnorm" sagt etwas Näheres aus über die Art und Weise, in der die wissenschaftliche Technik des Rechts im Rechtssinn funktioniert.

Das Recht ist für Sohm ein Komplex von allgemeinen und vorbestimmten Normen, Regeln und Sätzen. Er sagt: „Die Rechtsordnung bewegt sich in mehr oder minder allgemein lautenden Sätzen, durch welche im voraus die Entscheidung einer gewissen Zahl von Fällen vorgeschrieben ist[1])". Diese Definition verbindet zwei verschiedene Gesichtspunkte. Die Norm muß einerseits allgemein sein, um eine möglichst große Anzahl noch unbestimmter, in der Zukunft liegender Fälle einer rechtlichen Regelung zu unterwerfen. Doch ist diese Allgemeinheit notwendig von relativer Natur. Sohm bringt diesen Sachverhalt auf die glückliche Formel, daß die Sätze der Rechtsordnung mehr oder minder allgemein lauten müssen. Ein Grundsatz wie der Satz: Pacta sunt servanda, oder ein kategorischer Imperativ nach Art der kantischen Maxime der Koexistenz kommt hier nicht in Betracht. Denn die Norm muß zu gleicher Zeit eine im voraus bestimmte Anordnung enthalten, die eine rechtliche Regelung des konkreten Falles auch wirklich ermöglicht.

[1]) Kirchenr. II, S. 48/49.

Die spezifische Dialektik, die in dieser Definition enthalten ist, muß auf den ersten Blick auffallen. Die dialektische Natur der Definition besteht darin, daß die Normen, ohne auf den konkreten Fall abgestellt zu sein, dennoch den konkreten Fall treffen sollen, daß sie zu gleicher Zeit allgemein, d. h. unbestimmt, und vorbestimmt, d. h. aber bestimmt sein müssen. Für das Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts enthält diese Dialektik keinen Widerspruch, im Gegenteil: Allgemeinheit und Vorbestimmtheit sollen sich gegenseitig ergänzen und garantieren. Durch die allgemeine Fassung der Rechtsregel wird eine Ausnahme- oder Sondergesetzgebung gegen bestimmte durch Rasse oder Religion, d. h. durch metajuristische Qualitäten konstituierte Schichten von „Rechtsgenossen" verhindert. Die vorgängige Bestimmtheit garantiert die Allgemeinheit insofern, als sie den in Gesetzesform gekleideten Rechtsbruch, d. h. einen Machtspruch oder Spezialbefehl, unmöglich macht.

Die Norm muß „anwendbar" sein. Die Anwendbarkeit gehört zum Begriff des Normen-, Satz- und Regelrechts. Nur Normen, Sätze und Regeln sind einer Anwendung fähig, nicht aber konkrete Ordnungen und Institutionen und auch nicht die Vorentscheidungen und Präzedenzfälle eines Fallrechts. Die Normanwendung vollzieht sich mit Hilfe einer juristischen Subsumtions- und Schlußtechnik. In der praktischen Handhabung der formalen Logik und Syllogistik erschöpft sich das Wesen der Rechtsprechung. Auch die juristische Subsumtion kann sich ihrer Natur nach nur auf Normen, Regeln und Sätze beziehen; unter eine konkrete Ordnung kann man nicht subsumieren[1]). Dabei ist logischerweise Voraussetzung, daß die Normen, Regeln und Sätze der Rechtsordnung eine Einheit und Totalität in Form eines Systems bilden. Diesen Gedanken drückt Sohm dahin aus, daß immer das ganze Gesetzbuch auf den einzelnen Fall angewandt werden muß[2]).

Die Normen, Regeln und Sätze der Rechtsordnung sind nicht bloße Direktiven, Richtlinien oder Instruktionen, die neben anderen Momenten die Entscheidung des konkreten Falles bestimmen, sondern schlechthin und unbedingt geltende Imperative. Sie enthalten der Möglichkeit nach ganz allein bereits die konkrete Fallentscheidung und lassen dem persönlichen Willen irgendeines Menschen keinen Spielraum mehr übrig. Die Bindung an die Norm, und nicht der persönliche Entschluß und die persönliche Verantwortung, ist die Voraussetzung der richterlichen Unabhängigkeit und Freiheit. Die Entscheidung soll, wie Sohm bemerkt, nicht aus den „Einflüssen des Augenblicks, sondern aus feststehenden, überlieferten, gemeingültigen Grundsätzen" hervorgehen[3]). Sie würde sich sonst nach der Meinung Sohms den Parteien nicht „aufzwingen", d. h. sie würde den Charakter der unparteiischen Neutralität und Objektivität und damit ihre Evidenz verlieren. Die Evidenz der richterlichen Entscheidung ist abstrakt und von der persönlichen Quali-

[1]) Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, S. 36, mit Bezug auf den „lebendigen Organismus".
[2]) Bürgerl. Recht, S. 83. — [3]) Kirchenr. I, S. 1.

tät des Richters und auch von der sachlichen Qualität der Entscheidung selbst unabhängig. Nicht die Person soll herrschen und das Prinzip der Fallentscheidung nicht in der konkreten Sachlage enthalten sein, sondern abstrakte Normen sollen herrschen und befehlen. Die Norm herrscht aber nur dann, wenn sie zugleich Imperativ ist. Daraus ergibt sich der Begriff der imperativischen Rechtsnorm.

Vom konkreten Fall aus betrachtet, ist die allgemeine und vorbestimmte Norm eine Tatsache der Vergangenheit. Die Gebundenheit an die Vergangenheit ist der „entscheidende Wesenszug des Rechtes[1])". „Das Wesen der rechtlichen Befugnis ist . . ., daß sie formaler Natur sei, d. h., daß sie auf Grund bestimmter Tatsachen der Vergangenheit zustehe, ohne Möglichkeit der Kritik, ohne Rücksicht darauf, ob sie gegenwärtig als sachlich gerechtfertigt erscheint oder nicht[2])". Nicht die Gegenwart ist „allein berechtigt", wie der Staatsanwalt J. H. v. Kirchmann gesagt hatte[3]), sondern eine Tatsache der Vergangenheit entscheidet über das Recht der gegenwärtigen Situation. Eine situationsgemäße Rechtsauslegung und Rechtsprechung wäre das gerade Gegenteil einer solchen Denkweise. Nicht auf konkrete Sachgemäßheit und Gerechtigkeit kommt es an, sondern auf die Übereinstimmung mit feststehenden, überlieferten und gemeingültigen Grundsätzen.

Das führt zu dem von Sohm geprägten Begriff des Geltungszwangs. „So gilt jeder Rechtssatz (bis zu seiner formrichtigen Aufhebung) aus formellen Gründen (d. h. zwingend) für die Entscheidung der großen Frage, was recht und was unrecht ist[4])." Der „Geltungszwang" schließt jede „Kritik" aus. Schon die Rechtskraft einer Entscheidung enthält also nach Auffassung Sohms einen „Zwang".

Der „Geltungszwang" ist aber nicht die einzige Form, in welcher der Zwang im Recht auftreten kann, wenn er auch nach Sohm der wichtigste Fall ist. Daneben kommt noch die Tendenz zur Erzwingbarkeit in Straf- und Vollstreckungszwang in Betracht. Allerdings hat sich Sohm in diesem Punkte weniger klar ausgesprochen. So heißt es an einer Stelle, daß „das Recht zwar nicht begrifflich den Zwang fordert, aber doch der zwangsweisen Verwirklichung zustrebt[5])", und an einer andern wird gesagt: „Das Wesen der rechtlichen Befugnis ist nicht, daß sie zwangsweise durchgesetzt werde[6])". Aber trotz dieser Unklarheit, und obwohl es Sohm auch abgelehnt hat, je nach dem Grad der Erzwingbarkeit von vollkommenen oder unvollkommenen Rechtssätzen zu sprechen[7]), muß betont werden, daß die Erzwingbarkeit, sei es auch nur in der Form einer mehr oder minder effektiven „Tendenz", zum Rechtsbegriff gehört, von dem Sohm ausgeht. Wer das Recht in einen Funktionsmodus allgemeiner Normen und Regeln verwandelt, muß logischerweise fordern, daß es nun auch wirklich funktioniert. Sohm sagt selbst, daß das Recht als äußere Ordnung des menschlichen Gemeinwesens am Erfolg hängt[8]), und wenn ein solcher

[1]) Barion, Rudolph Sohm, S. 14. — [2]) Kirchenr. I, S. 23; vgl. auch II, S. 48 ff., Wesen und Ursprung des Katholizismus 2. Aufl., S. IX, 56. — [3]) Wertlosigkeit der Jurisprudenz, S. 12. — [4]) Weltl. und geistl. Recht, S. 8; weniger deutlich Kirchenr. II, S. 49. — [5]) Kirchenr. I, S. 1. — [6]) Kirchenr. I, S. 23. [7]) Kirchenr. II, S. 46. — [8]) Kirchenr. II, S. 49.

äußerer Erfolg dann auch vielleicht nicht in jedem Einzelfall wirklich einzutreten braucht, so muß er doch immerhin wenigstens mit einer Art von genereller Wahrscheinlichkeit erwartet werden können. Sonst wird der ganze Rechtsbegriff ja überhaupt sinnlos. Der Zwang ist ein wesentliches Kriterium jeder Rechtsordnung, die Norm ist begriffsnotwendig Zwangsnorm[1]).

Das Regelrecht tritt an die Stelle des Fall- und Situationsrechts, ein Normensystem an die Stelle einer seinsmäßigen Ordnung, die Rechtsanwendung an die Stelle persönlicher Führung und Entscheidung. Aus der Person des Führers oder Richters wird im 19. Jahrhundert ein Staatsorgan oder reines Rechtsorgan, aus dem Plan, Rechtsspruch oder Befehl der Führung ein abstrakter Imperativ, aus der Rechtskraft der Entscheidung der Geltungszwang. Die abstrakt-generelle Sicherheit und Berechenbarkeit des Funktionierens einer technischen Apparatur soll die konkrete Gerechtigkeit ersetzen, die immer personale Qualität ist und überall von der Lage der Sache abhängig bleibt. Das will Sohm mit der paradoxen Wendung „Summum jus summa injuria" zum Ausdruck bringen. Die Lage der Sache wird für dieses Denken belanglos, die Wirklichkeit wird zur reinen Faktizität. Nach Sohm ist das „Factum begrifflich das Gegenteil des jus", so daß in „tatsächlicher Hinsicht der Dieb nicht mehr vom Eigentümer unterschieden" werden kann, ein bemerkenswertes Ergebnis dieses rechtswissenschaftlichen Scharfsinns[2]). Das rechtswissenschaftliche Denken Rudolph Sohms ist aus Normativismus (Norm, Regel, Satz) und Dezisionismus (Imperativ, Zwang) zum Positivismus des 19. Jahrhunderts, d. h. zur imperativischen Zwangsnorm kombiniert[3]).

Es ist nach alledem klar, daß Sohms Rechtsbegriff nicht so sehr eine „folgenschwere Intuition" seines Urhebers[4]), sondern eher eine prägnante Zusammenfassung des gesamten rechtswissenschaftlichen Denkens des 19. Jahrhunderts war. Das geht aus der nachstehenden Übersicht hervor, die mit den Anfängen der sogenannten geschichtlichen Rechtsschule beginnt und mit den Ausläufern des späten Positivismus im engeren Sinne des Wortes endet.

a) Nach Savigny eignet dem Recht die „logische Form" der „Regel" (System I, S. 16). Das gilt nicht etwa nur vom Gesetzesrecht, sondern ebensosehr vom Gewohnheitsrecht; auch dieses dient nur dazu, eine Rechtsregel zu „offenbaren"; die „an sich selbst bindende Kraft der Regel" bedarf keiner „äußeren Sanktion" (a. a. O., S. 174 ff., 177 ff.). Die Römer werden gerühmt, weil sie „in jedem Grundsatz zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich die Regel" sehen (Beruf, S. 31). Auch das prätorische Edikt erscheint bei Savigny als eine „Art der Gesetzgebung" (a. a. O., S. 17). Die Rechtsprechung ist Rechtsanwendung, das Recht Regelrecht und nicht Fallrecht: „Das Urteil über das einzelne Recht ist nur möglich durch Beziehung der besonderen Tatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir das Recht schlechthin oder das allgemeine Recht. Manche nennen sie das Recht im objektiven Sinne. Sie erscheint in sichtbarer Gestalt besonders

[1]) Vgl. zu der Frage noch Barion, S. 18 f. — [2]) Institutionen, S. 421/22. — [3]) Vgl. Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 29 ff. — [4]) Barion, S. 12.

in dem Gesetz, welches ein Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel ist" (System, S. 9). Savigny kombiniert die dezisionistische Lehre Bodins von der „höchsten Gewalt" mit der Idee der allgemeinen Normen, Regeln und Sätze: „Der höchsten Gewalt und absoluten Macht kann nichts angemessener sein als die abstrakte Form der Regel und des Gebots" (System I, S. 44). In dieser Kombination liegt in Wirklichkeit schon eine Depossedierung der „höchsten Gewalt" und eine Beseitigung der Souveränität. Die höchste Gewalt des Souveräns ist durch die Allgemeinheit seiner Gebote vermittelt und mediatisiert. Wer auf Grund allgemeiner Gesetze herrscht, herrscht nicht als konkret existierende Person, sondern statt seiner herrscht eine Abstraktion. Von dem, wodurch eine Person zur Person wird, nämlich von ihrer konkreten Existenzialität, wird gerade abgesehen. So wird es auch verständlich, daß der Volksgeist der geschichtlichen Rechtsschule in der Praxis so schnell durch seine Organe und Repräsentanten, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, abgelöst werden konnte. Der Souverän ist nur ein „Parasit" der allgemeinen Regelhaftigkeit und Normativität. Er wird unsichtbar, und die Instanzen, die an seine Stelle treten, sind es ebenfalls. Der Staat erhält eine unsichtbare Verfassung und wird zum Rechtsstaat, und es wird zu gleicher Zeit klar, warum sich der Rechtsstaat mit jeder Verfassungsform, mit Monarchie, Aristokratie und Demokratie amalgamieren und verbinden kann (vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 200 ff.). Die Tendenz der Rechtslehre Savignys geht denn auch in der Tat dahin, die „Willkür" auszuschalten (Beruf, S. 141, und die schon zitierte Stelle, S. 161), besonders in der Rechtspflege, von der er sagt, daß sie „durchaus scharfe Grenzen" fordert (a. a. O., S. 17). Daraus ergibt sich dann seine Theorie der Rechtskraft als einer „Fiktion der Wahrheit" im Interesse der Rechtssicherheit. Hier ist Sohms Geltungszwang schon vorgebildet. Es wäre nämlich nach Savigny „natürlich", jedesmal eine neue Prüfung stattfinden zu lassen, „wenn in irgendeinem späteren Rechtsstreit die Richtigkeit des früheren Urteils in Zweifel gezogen wird" (System VI, S. 259). — Vgl. zur Kritik von Savignys Rechtskrafttheorie: A. Brinz, Lehrb. des Pandektenrechts I, 2. Aufl., S. 349; O. Bülow, Arch. Ziv. Pr. 62, S. 94 ff.; P. Klöppel, Einrede der Rechtskraft, S. 61, der bemerkt, daß Savignys Definition mehr Gedankenfehler als Worte enthält, und insbesondere darlegt, daß das Urteil im Zivilprozeß nicht die „Wahrheit" zum Gegenstand hat und die Frage: Was ist Wahrheit? offen läßt.

Ganz ähnlich wie Savigny äußert sich auch hier wieder Puchta. Auch er konstruiert das Gewohnheitsrecht normativistisch und regelhaft und lehnt das Fallrecht mit scharfen Worten ab: das Recht entsteht nicht durch „Präjudizien oder rerum judicatarum auctoritas. Es kann nichts Trostloseres geben als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Faktum beigelegt wird" (Gewohnheitsrecht I, S. 164 f.). Die Gewohnheit ist für ihn rechtlich bedeutsam nur als „Organ eines Rechtssatzes" (S. 101), nur „insofern . . ., als etwas Inneres vorhanden ist, welches angewandt, geübt und dadurch geäußert wird" (S. 98). Darum bereitet ihm die Frage soviel Schwierigkeiten, ob die Gewohnheit den Rechtssatz erzeugt oder umgekehrt, eine Frage, die überflüssig wird, sobald man die vorgefaßte Meinung aufgibt, das Gewohnheitsrecht müsse notwendig in Sätzen und Normen bestehen. Puchta sagt hier: „Daß ein Rechtssatz durch seine Anwendung erst entstehe, wird kein Verstand begreifen" (a. a. O. II, S. 8), aber der Verstand, der hier nichts mehr begreift, ist nicht der natürliche, sondern der rationalistisch-logistische Verstand.

Rotteck hat den normativistischen Rechtsbegriff mit den Historikern gemein (Vernunftrecht III, S. 181 ff.). Er betont, daß das Rechtsgesetz ein Satz und eine „Wahrheit" ist und nicht Gebot oder Verbot. Hier überwiegt das normativistische Element des positivistischen Rechtsdenkens. Es zeigt sich besonders deutlich, wie die Allgemeine Rechts- und Staatslehre zur Auflösung aller echten Ordnungen und

zur Beseitigung aller sachlichen Differenzierungen führt. „Unser Plan aber umfaßt bloß die allgemeinen Grundsätze, bloß die überhaupt, ohne Rücksicht auf bestimmte Staaten, gültigen Lehren oder notwendigen Kenntnisse" (S. 3). Übrigens ist auch das dezisionistische Element des Positivismus bei Rotteck wirksam, obgleich er sagt, daß die „Staatsgewalt" an das „ewige Recht" gebunden bleibt; denn „was sie will, ist Recht, d. h. verbindlich, und kann auch mit Zwang geltend gemacht werden" (S. 2).

b) Die christliche und konservative Staatsphilosophie Stahl-Jolsons sprengt das System des positivistischen Rechtsdenkens an keiner Stelle, sondern prägt es im Gegenteil noch schärfer aus und erteilt ihm eine pseudo-theologische Weihe und Sanktion. So beklagt sich Jolson in seiner Rechtsphilosophie (II, 2, Vorrede zur dritten Auflage, S. XI) darüber, daß die preußische Regierung an Stelle des „gottverordneten Weges der Gesetzlichkeit" den „selbstgewählten Weg der Gewalt" beschritten habe. Für ihn ist das Recht die „Norm und Ordnung des menschlichen Gemeinlebens", aber die Ordnung ist nur eine Funktion der Norm, nämlich die „verwirklichte, stets beobachtete Norm" (II, 1, 2. Aufl., S. 162 und 171). Auch der Gerichtsgebrauch ist für Jolson nicht Fallrecht, sondern nur „gleichmäßige Anwendung einer Norm" (S. 204). Die Polemik Jolsons gegen v. Kirchmann hat für die Nachwelt das Gute, daß sie Jolson zwang, seine eigene Position mit größerer Deutlichkeit bloßzulegen, als es ohne dies wahrscheinlich geschehen wäre; soviel hatte v. Kirchmann mit seinem von der „Wissenschaft" mit Notwendigkeit allgemein abgelehnten Vortrag auf jeden Fall erreicht. Den Satz: Die Gegenwart ist allein berechtigt, bezeichnete Jolson ausdrücklich als nur „halbwahr" (Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein, S. 28); „es ist ein unwahres Ideal von Rechtspflege, nach welchem jeder einzelne Fall nach seiner Besonderheit entschieden werden soll" (S. 19). Es ist seltsam, wie schnell Jolson, dessen ganzes Leben doch nur eine einzige existenzielle Lüge war, mit dem Vorwurf der „Unwahrheit" bei der Hand ist. Es wird also abgelehnt, sachliche Differenzierungen vorzunehmen und im Einzelfall gerechte Entscheidungen zu fällen; statt dessen predigt Jolson das Evangelium der Allgemeinbegriffe: die Ordnung des sozialen Lebens „besteht in festen Regeln", die den Richter im einzelnen Falle binden; die positiven Gesetze müssen „in einer gleichmäßigen Weise für alle Fälle angewendet werden" (S. 11, 12). Dem Gegner wird vorgeworfen, er wolle das Recht aufhören machen; eine offenbare Verleumdung angesichts der eigenen Rechtsdefinition v. Kirchmanns: „Der Gegenstand der Jurisprudenz ist also das Recht, und näher betrachtet sind es die reichen Gestalten der Ehe, der Familie, des Eigentums, der Verträge, der Vererbung des Vermögens, die Unterschiede der Stände, das Verhältnis der Regierung zum Volke, der Nationen zueinander" (Wertlosigkeit, S. 7). Das ist alles eher als ein „logischer Nihilismus" und Agnostizismus, es ist ein echter Fall konkreten Ordnungsdenkens. Die Polemik v. Kirchmanns galt dem „wissenschaftlichen Recht" und dem Positivismus. Das konnte Jolson natürlich gar nicht verstehen, denn für ihn war „Rechtsquelle nur das Gesetz, und was Gesetzeskraft hat" (Rechtsphilosophie II, 1, S. 207).

Die übrigen klassischen Vertreter des Rechtsstaates huldigen durchweg ebenfalls dem Positivismus. So führt R. v. Mohl den Rechtsstaat mit folgender Geschichtskonstruktion ein: „Es bedurfte einer neuen Rechtsordnung, unter den Staaten, die aber nicht abhängig wäre von Willkür, Leidenschaft und Selbstsucht. Hierzu taugten denn nun aber, da die religiösen Gebote nicht mehr streitlos maßgebend waren, lediglich nur Grundsätze, welche auf einem für alle Menschen verbindlichen Vernunftrecht beruhten" (Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften I, S. 229). — Nach O. Bähr, Rechtsstaat, S. 75, soll die Rechtsprechung nicht „den jeweiligen Willen des Regenten, sondern Recht und Gesetz zur Grundlage ihrer Tätigkeit nehmen"; jedes „individuell-persönliche Handeln" soll ausgeschlossen werden (S. 12 f.).

c) Die späteren Positivisten wiederholen den nämlichen Rechtsbegriff in zahllosen Formulierungen, von denen die folgenden herausgegriffen seien.

Nach Windscheid muß das Recht, um anwendbar zu sein, als Regel auftreten (Ges. Reden, S. 11); „keine Rechtsregel und kein Recht ist dasselbe" (S. 28). Das Verhältnis des Falles zur Regel wird mit demjenigen des einzelnen zur Gesamtheit parallelisiert, ohne daß beachtet würde, daß es sich im ersten Fall um das Verhältnis eines Konkreten zu einer Abstraktion, im zweiten aber um dasjenige des Teils zum Ganzen handelt. Auch die Ausnahme von der Regel kann sich Windscheid selbst wieder nur als Regel denken (S. 11). Das ist zwar konsequent normativistisch, führt aber gerade deshalb zur Auflösung der Begriffe von Regel und Ausnahme. Mit Hilfe des Gesetzesbuchstaben hofft Windscheid eine allgemeine, abstrakte Evidenz des Rechts zu erreichen (S. 32, 47); „bei dem künftigen deutschen Zivilgesetzbuch wird jeder Zweifel dieser Art (scil. über den Unterschied von Verjährung und Erlöschen eines Anspruchs) ausgeschlossen sein" (S. 113). Der Geltungszwang erfüllt den Positivisten mit „stolzer Freude", weil er hier sieht, „wie sich die Majestät des Rechts selbst im Unrechte bewährt" (S. 12). Eine solche Denkweise ist in hohem Maße abstrakt, aber Windscheid meint, daß im Konflikt von Begriffen und Gefühlen die ersteren recht haben (S. 44), ohne zu sehen, daß es sich nicht um den echten, auf konkrete Sachen bezogenen Begriff, sondern um den Allgemeinbegriff handelt, gegen dessen Herrschaft sich das Gefühl mit Recht empört.

Jhering unterscheidet begrifflich zwischen Norm und Imperativ; die Rechtssätze sind Normen und Imperative zugleich, oder „abstrakte Imperative" (Zweck im Recht I, S. 330 f., 338 f., 357 f.). Er meint überhaupt, daß das menschliche Denken auf den „Satz" bezogen sei; „in dem Satz gelangt das Denken zur Ruhe, gewinnt es seine bleibende Gestalt" (S. 348). Die Imperative läßt Jhering auch an den Monarchen gerichtet sein, obwohl er zu gleicher Zeit ausführt, daß ein Imperativ, den man an sich selbst richtet, eine contradictio in adjecto enthalte; diese Schwierigkeit löst sich aber, wenn man bedenkt, daß der Monarch im Normensystem nur eine Singularität darstellt (S. 329, 332, 336). Der Rechtsbegriff Jherings gehört in die konstitutionelle Monarchie. Wie sehr die Auflösung der politischen Gesamtordnung die notwendige Voraussetzung der positivistischen Rechtslehre bildet, mag folgende Stelle zeigen, wo Jhering die Entwicklung von der primitiven Stufe zum „Rechtszustand" schildert: „Das Rechtsgefühl war etwas Ungeteiltes, Einiges, kein Teil desselben arbeitete für sich allein, es war ein Spiegel, der die konkreten Rechtsverhältnisse mit einem Male in ihrer ganzen Erscheinung, in allen ihren Bezügen, nach allen Seiten hin erfaßte. Kurz, es war die Unmittelbarkeit des Totaleindrucks, welcher in der Periode der Naivität das Urteil bestimmte. Wie aber jetzt? Der Spiegel ist in Stücke zerschlagen, und aus den Splittern und Stücken sind die schmalen Paragraphen eines Gesetzes oder Gesetzbuchs geworden. In ihnen hat der konkrete Fall sich abzuspiegeln, erst in diesem Paragraph von dieser Seite, dann in jenem von jener Seite" (Geist des römischen Rechts II, 1, S. 36). Das Wesen des positivistischen Rechtsdenkens hat wohl selten einen klareren Ausdruck gefunden als in dieser Äußerung Jherings über die Fortschritte der juristischen Technik. Auch über das Zwangsproblem hat sich Jhering mit besonderer Folgerichtigkeit geäußert: die „Norm" ist die „innere", der „Zwang" die „äußere" Seite des Rechtsbegriffs (Zweck I, S. 329). vgl. auch die abschließende Definition des Rechts als „Inbegriff der mittelst äußeren Zwangs gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft" (S. 511).

Für Bergbohm ist das Recht ein „lückenloses Netz von Normen" (Jurisprudenz, S. 383). Zwischen Normativität und Faktizität liegt eine unüberbrückbare Kluft; so sagt Bergbohm einmal, daß das Gesetz in formellem Sinne für die Jurisprudenz „so viel oder so wenig Bedeutung" hat „wie jeder andere Fall im Vergleich zum Rechtssatz" (S. 88). Der Begriff der Norm wird allerdings hier schon proble-

matisch; ob die Vorbestimmtheit zum Rechtsbegriff gehört, vermag Bergbohm bereits nicht mehr anzugeben (S. 383). Auch bei ihm findet sich eine ähnliche Äußerung über die politische Gesamtsituation wie bei Jhering, nur diesmal in individualpsychologischer Einkleidung; er meint nämlich, das Individuum müsse sich in einen Juristen und einen Politiker „spalten", zur Jurisprudenz gehört die „Kunst der Seelenspaltung", deren Schwierigkeit Bergbohm vor allem für das Staatsrecht nicht verkennt (S. 144 und 348 f.). Es ist klar, daß der Jurist und der Politiker, wie sie bei Bergbohm erscheinen, keine konkreten Lebewesen, sondern Abstraktionen sind. Es ist aber nicht einzusehen, wie vom Standpunkt einer Abstraktion noch eine echte juristische Erkenntnis möglich sein soll. Zu einer konkreten Erkenntnis gehört ein konkreter Ausgangspunkt, und in der konkreten Menschennatur sind der Jurist und der Politiker nicht getrennt.

Nach Zitelmann ist das Recht „um so heiliger, je allgemeiner". (Die Möglichkeit eines Weltrechts.) Er bemerkt zu dem bekannten Satz: Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat, man könne ihn ebensogut umkehren, so daß er das Gegenteil besagt (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 22). Das römische Recht der Digesten war nicht normativistisch, wohl aber das heutige römische Recht der Historiker und Positivisten. Im übrigen finden sich bei Zitelmann Ansätze zu einer Kritik der imperativischen Rechtsnorm, sofern (S. 222) erkannt wird, daß die Normen infolge ihrer Allgemeinheit nicht zugleich Imperative sein können; Zitelmann hat diese Erkenntnis aber nicht weiter verfolgt und seine Ansicht später geändert (Arch. Ziv. Pr. 99, S. 4 Anm. 3 und dazu J. Binder, Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung, S. 77 Anm. 2).

Bei Gierke wird die Frage: Was ist das Recht? ohne weiteres mit der ganz andern Frage: Was macht die Norm zur Rechtsnorm? vermengt, ohne daß Gierke die logische Vertauschung bemerkt hätte. Das Geheimnis der Lehre von der realen Verbandsperson dürfte in einer Normpersonifizierung bestehen. So führt Gierke aus, daß „ein Inbegriff äußerer Einrichtungen" dem Anstaltsbegriff — einer species des genus „menschlicher Verband" bzw. „soziale Verbandseinheit" — nicht wesentlich ist. „Vielmehr ist dasjenige Moment, durch welches die Anstalt zum Willensträger geeignet wird, ausschließlich in der Organisation enthalten, kraft welcher menschliche Tätigkeit fort und fort in den Dienst jenes Zweckes gestellt wird. Die Anstalt lebt nur durch Menschen. Dieses Moment von Verbandsorganisation aber fehlt bei keiner Stiftung: auch das einfachste Stipendium bedarf einer Verfassung, welche Menschen in bestimmter Richtung bindet und zu Handlungen bewegt". (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 12 Anm. 2 und S. 11 Anm. 1.) Die Verfassung ist das bindende und bewegende Prinzip, welches die Vielheit zur Einheit verknüpft. Da aber ein äußerer Tatbestand nicht erfordert wird, und die menschliche Tätigkeit durch die Verfassung als etwas An-sich-Seiendes hervorgerufen wird, kann die Verfassung nur verstanden werden als ein Komplex von Normen einerseits und ein Ineinander psychischer Beziehungen anderseits (vgl. in letzterer Hinsicht: Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 21).

Binding suchte im Strafrecht nach dem substantiellen Element im Recht, das durch das Strafgesetz als Sanktion geschützt wird, und fand es in den „Normen". „Es ist erquicklich, zu sehen, wie kein Lebendiger für die Norm unerreichbar ist: sie bindet den Herrscher, den Regenten, den Abgeordneten auf der Tribüne" (Normen I, S. 82). Die Norm ist „Regel mit Ausnahmen (S. 127). Sie ist etwas rein Ideales und kann nicht verletzt, sondern höchstens übertreten werden (S. 292). Die Sphäre der Faktizität wird dem Verbrecher überlassen; hier gibt es keine Unterscheidungen mehr, und Binding führt, ganz ähnlich wie Sohm in der Frage des Verhältnisses von Eigentum und Diebstahl, aus, daß sich das Verbrechen der Tötung und der Vollzug der Todesstrafe sehr ähnlich sehen, nur daß dieses per fas,

jenes per nefas geschieht, ein „allerdings sehr tiefgreifender Unterschied" (S. 430). Damit ist zu vergleichen die Bemerkung bei A. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 22, daß die Strafe „zunächst als unsittlich erscheint". Binding hat hat zwar, getreu seiner scharfen Unterscheidung von Norm und Strafgesetz, von praeceptum und sanctio legis, ein von Straf- und Vollstreckungszwang unabhängig bestehendes Recht anerkannt (S. 492), doch handelt es sich dann um leges imperfectae (S. 65), und überdies gehört der Geltungszwang auch nach ihm zum Rechtsbegriff, was sich besonders bei Erörterung des Satzes nulla poena sine lege zeigt, den Binding bekanntlich de lege ferenda ablehnte (Handb. des Strafr. I, S. 28).

H. Triepel verdient an dieser Stelle eine Erwähnung, weil er mit einer sehr beachtenswerten Argumentation die Aufnahme des Zwangsmomentes in den Rechtsbegriff abgelehnt hat. Wenn jeder Rechtssatz einen andern hinter sich haben muß, der ihn sanktioniert, so müßte man zuletzt zu einem Rechtssatz kommen, für den dies nicht mehr gilt, weil man sonst den regressus in infinitum nicht vermeiden könnte (Völkerrecht und Landesrecht, S. 109). Die Tatsache, daß das Zwangsnormensystem an einem bestimmten Punkt der rechtlichen Ordnung abreißt, hat somit Triepel nicht als Singularität und Anomalie aufgefaßt, wie es sonst in der Rechtslehre der konstitutionellen Monarchie üblich war (Jhering, vgl. auch Binding, Normen I, S. 64). Allerdings ist auch sonst in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts nicht unbemerkt geblieben, daß „sittliche Anstalten" die Grundlage der „Zwangsanstalten" sein müssen (Feuerbach, Lehrb. des gem. in Deutschl. geltenden Peinl. Rechts, § 10 Anm. 1, mit dem bezeichnenden Zusatz: Sed de his non est hic locus).

Nach Schönfeld, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 18, S. 74 Anm. 59, ist jede Norm schon deshalb, weil sie verpflichtet, „Zwangsnorm".

d) Das letzte Stadium des rechtswissenschaftlichen Positivismus ist dadurch gekennzeichnet, daß der Begriff der Norm, der Ausgangspunkt des ganzen Systems, fraglich wird. Sooft hier von Normen die Rede ist, so wenig ist mit dieser Rede eine klare Vorstellung verbunden. So führt Bierling aus, daß „alles Recht einer Gemeinschaft in deren Normen besteht"; „was sich nicht auf Normen reduzieren läßt, gehört in Wahrheit dem Rechte selbst nicht an" (Prinzipienlehre I, S. 30); er setzt aber Norm und Imperativ einfach gleich, ohne zu beachten, daß ein Imperativ nicht notwendig „abstrakt" im Sinne Jherings sein muß (vgl. S. 19, 27, 145, 149). — Die Gleichsetzung von Norm und Imperativ findet sich übrigens schon bei Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts I, 7. Aufl., S. 87.

Die staatsrechtliche Theorie des ausgehenden Positivismus betrachtet die Allgemeinheit nicht mehr als Wesensmerkmal der Norm, vgl. Laband, Staatsrecht II, S. 2; G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 238.

Dasselbe gilt für die sogenannte Reine Rechtslehre. Hier wird die Norm mit dem abstrakten Sollen schlechthin identifiziert; es genügt, daß „Pflichten statuiert" werden (Kelsen, Arch. öff. R. 31, S. 197). „Die individuellen Staatsakte der Vollziehung müssen als Rechtsnormen, und ihr den Inhalt der generellen Norm überschreitender Inhalt muß als Inhalt von Rechtssätzen begriffen werden, wenn er rechtlich überhaupt begriffen werden soll" (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., S. XIII/XIV). Selbstverständlich bleibt auch hier das Recht „Zwangsnorm" (a. a. O., S. XI).

Für F. Haymann ist sogar der „Gedanke des Staatsinteresses" eine „Norm" (Festg. f. R. Stammler, S. 464). Dieser „Gedanke" ist zwar nur „formal"; „aber das nimmt ihm seinen Wert nur für diejenigen, die trotz des Kritizismus nichts gelernt und nichts vergessen haben" (S. 465). Die kritizistisch-formale Norm einigt „alle Parteien in all ihren Mitgliedern von den Völkischen bis zu den Kommunisten" (S. 468). Das erhöht ihren Wert in den Augen Haymanns; er will „die Errungenschaften des Kritizismus nicht für das Mittelalter" und die „notwendig nie endende

Diskussion" nicht für die „blutige Entscheidungsschlacht" (von der Donoso Cortés spricht) preisgeben. Dabei wird das Mittelalter mit einer geschickten Wendung der „reinen Lehre Christi" entgegengesetzt (S. 440 Anm. 1). Vielleicht können wir aus dem Kritizismus noch etwas anderes lernen als das, was Haymann will: nämlich nach der existenziellen Legitimation dessen zu fragen, der sich zur Rechtfertigung der „Mehrheitsentscheidung" auf die „reine Lehre" Christi beruft. Trotz der „formalen" Natur der „Norm" soll der Richter unter sie subsumieren, und bei dieser Subsumtion soll ihn „nicht etwa sein Inneres, sondern die viel geschmähte Logik geleiten" (S. 398/99). Wie sich diese Subsumtion vollziehen soll, erfahren wir jedoch nicht.

II. Positive Setzung — Rechtsregel und Konventionalregel

Zum Begriff der imperativischen Zwangsnorm gehört die „Positivität" des Rechts. Alles Recht entsteht für den rechtswissenschaftlichen Positivismus durch willentliche Setzung. Nicht nur die Verfassung, sondern das Recht überhaupt, ist nach dieser Auffassung etwas „Gemachtes[1])". Wenn etwa B. W. Leist in seiner Rechtslehre ein dreifaches Element des Rechtsbegriffs annahm, nämlich ein naturales, ein sittliches und ein voluntares[2]), so kennt der rechtswissenschaftliche Positivismus des 19. Jahrhunderts nur noch das letztere. Darauf beruht die „Festigkeit" und „Gewißheit" des positivistischen Rechtssystems.

Sohm hat bereits in „Staat und Kirche" das Recht einerseits als „Willensgesetz", anderseits als „Machtgesetz" definiert[3]). Das Willensgesetz dient der Vervollkommnung des Menschen, d. h. für Sohm im letzten Effekt der Kongruenz des menschlichen Willens mit dem göttlichen, und zwar besteht der Unterschied zwischen Sittengesetz und Rechtsgesetz darin, daß das erstere diese Kongruenz direkt, das letztere dagegen nur indirekt anstrebt. Das Machtgesetz beendet durch souveräne Dezision die Unordnung des vorstaatlichen Naturzustandes.

Sohm legt seinen Darlegungen ganz offen die Vorstellung des status naturalis zugrunde, die er für geschichtlich bare Münze nimmt, ohne sich hinter der bequemen Redensart zu verschanzen, daß es sich hier nur um eine methodische Hilfskonstruktion handle. Er wußte wohl zu gut, daß eine Fiktion zur Erkenntnis der Realität nichts beitragen kann[4]). Der Ausgangspunkt seines Rechtsdenkens tritt dadurch nur um so deutlicher hervor. Im status naturalis existiert der menschliche Wille in unbegrenzter Freiheit. Hier herrscht das Bellum omnium contra omnes oder besser die vollkommene Anarchie; denn die Vorstellung eines Krieges enthält ja schon wieder ein Ordnungselement. Das Recht existiert in dieser Phase der Geschichte nur als ideale Forderung[5]), nicht aber als echte Ordnungsrealität. Der Staat

---

[1]) Hegel, Rechtsphilosophie, § 273 (Lasson, S. 224 f.); Zusatz zu § 274 (Lasson, S. 358 f.), und dazu E. R. Huber, Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935.

[2]) Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, 1854—1860; Die realen Grundlagen und Stoffe des Rechts, 1877.

[3]) Staat und Kirche, S. 11, 12. — [4]) Trauung und Verlobung, S. 97. — [5]) Staat und Kirche, S. 14.

ist notwendig, um den status naturalis zu beseitigen und die Norm: Exeundum esse e statu naturali, durch Zwangsanwendung zu vollstrecken. Aber der staatliche Zwang schafft nur eine äußere, rein „rechtliche" Ordnung. Das Reich der Sittlichkeit liegt jenseits des Staates und seines Zwanges.

Sohms Rechtsbegriff ist, mit einer Formel von P. Klöppel, bestimmt durch die „transzendenten Kategorien Wille und Freiheit[1])". Das Willensgesetz ist der polemische Gegenbegriff des natürlichen Gesetzes, wie die Lehre vom ordnungslosen status naturalis der polemische Gegensatz des realen Naturrechts. Die rechtlichen Beziehungen entbehren der naturhaften Grundlage und werden zu obligationenrechtlichen Willensverhältnissen verdünnt; ein bekanntes Beispiel für diese Entwicklung ist die Vorherrschaft der Kategorie des „Anspruchs" im Privat- und öffentlichen Recht[2]). Das staatliche Gesetz setzt in keiner Weise eine physische Anlage als Basis voraus, sondern entsteht aus einem Nichts an konkreter Ordnung. Sohm betont die Positivität der lex lata; das Naturrecht ist für ihn nur Antrieb für eine im Kommen befindliche lex ferenda[3]).

Die Positivität des Rechts hat einen von der sachlichen Gerechtigkeit und Angemessenheit unabhängigen, selbständigen Wert: „Der Entwurf" des Bürgerlichen Gesetzbuchs „wird allein dadurch, daß er Gesetzeskraft empfängt, noch um vieles besser werden, als er bereits ist[4])". Zu gleicher Zeit betont Sohm aber auch wieder die rein ideale Natur der Geltung des positiven Rechts. Das Recht ist nichts Seiendes. Daher übersetzt er die schon einmal erwähnte Formel: Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat, dahin daß die Rechtsprechung das „praktisch notwendige Recht" zu suchen habe[5]). Das Recht ist, wie die schon in „Staat und Kirche" verwandte Antithese lautet, nicht reale Gewalt, sondern ideale Macht[6]). Umgekehrt ist das Kriegsgesetz kein „Rechtsgesetz[7])". Diese Erörterung zeigt, daß Idealismus und rechtswissenschaftlicher Positivismus nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, Gegensätze sind, die sich ausschließen, sondern daß sie im Verhältnis wesensgesetzlicher Zuordnung stehen. Das reale Naturrecht ist der beiden gemeinsame Gegenbegriff.

Diese Auffassung hat Sohm immer festgehalten. Das ist gerade an jener Stelle deutlich zu erkennen, wo er in seinen späteren Schriften seinen Rechtsbegriff um ein neu hinzukommendes Moment ergänzen mußte, nämlich in der Abgrenzung der Rechtsregel von der bloßen Konventionalregel. Im ersten Bande des Kirchenrechts hatte Sohm die Rechtsordnung nicht streng auf die staatliche Gemeinschaft beschränkt, sondern auch die Vereinsverfassung überall als Rechtsordnung angesehen[8]). Solange das Recht durch den Begriff der imperativischen Zwangsnorm

---

[1]) Einrede der Rechtskraft, S. 75. — [2]) Fr. Schaffstein, DJZ. 1934, Sp. 1174 ff.; Gg. Dahm, Zeitschrift f. d. ges. Staatsw. 95, S. 296. — [3]) Institutionen, S. 27. — [4]) Gruchots Beiträge, 39, S. 754. [5]) DJZ. 1909, Sp. 1022. — [6]) Staat und Kirche, S. 5. — [7]) Staat und Kirche, S. 52. — [8]) Kirchenr. I, S. 8, 22, 28, 695, 699.

in dem bisher dargestellten Sinne erschöpfend definiert war, kam eine andere Möglichkeit auch gar nicht in Betracht. Denn wer hätte angesichts der anwachsenden Macht der sozialen Verbände übersehen oder leugnen können, daß jede Gemeinschaftsordnung, nicht nur diejenige der staatlichen Gemeinschaft, auf allgemeinen und vorbestimmten Normen beruht und daß nichtstaatliche Gemeinschaften einen Zwang ausüben können, der den staatlichen Zwang an Wirksamkeit und Effektivität womöglich noch übertrifft[1]). Dennoch hat sich Sohm in der Frage, die gemeinhin unter dem Stichwort des Gegensatzes von staatlicher und genossenschaftlicher Rechtstheorie abgehandelt wird, nach anfänglichem Schwanken für das sogenannte „Rechtsmonopol" des Staates entschieden. Nur die vom Staat aufgestellten Normen und Sätze sollten als Rechtsregeln angesehen werden. Die Vereinsverfassung und die gesellschaftliche Sitte — mit dieser hatte sich Sohm im ersten Band des Kirchenrechts noch nicht befaßt — wurden nunmehr im Anschluß an Stammler unter dem Begriff der Konventionalregel zusammengefaßt und der Rechtsregel gegenübergestellt. Diese Gegenüberstellung ist ein Hauptthema der Schrift „Weltliches und geistliches Recht" und des mit dieser in weitem Maße gleichlaufenden Paragraphen 6 des zweiten Bandes des Kirchenrechts.

In der Abgrenzung von Rechtsregel und Konventionalregel findet wiederum das Zwangsmoment Verwendung. Die imperativische Rechtsnorm wird mit Einschluß von Geltungszwang und Erzwingbarkeit im Gattungsbegriff der „Gemeinschaftsordnung" untergebracht. Die spezifische Differenz der Rechtsregel wird darin erblickt, daß sie von einer Zwangsgemeinschaft aufgestellt wird. Der Zwang betrifft hier nicht mehr die Durchsetzung einer bereits bestehenden Gemeinschaftsordnung, sondern die Begründung der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft. Die staatliche Rechtsordnung verpflichtet selbstherrlich. Sie bestimmt ihr Geltungsgebiet von sich aus, ohne nach der Zustimmung des „Betroffenen" zu fragen[2]).

Die Eingliederung in die im Staat organisierte Volksgemeinschaft erscheint bei Sohm als Zwang. Diesem Zwang entspricht auf der andern Seite eine sittliche Pflicht, dem Volke zu dienen. Sohm redet von dieser Pflicht in pathetischen Ausdrücken. „Das Volk gab dir dein Leben: so gib es ihm zurück! Gebet dem Volke, was des Volkes ist! Nur, wer sein Einzelleben an das Volk zurückgibt, wird es gewinnen. Unserm Volke zu dienen ist unsere irdische Bestimmung. Einordnung in das Volk, Unterordnung unter die Notwendigkeiten des Volkslebens (die Rechtsordnung) ist sittliche Pflicht[3])". Die beiden Momente des physischen Zwangs und der ethischen Forderung müssen sich gegenseitig bedingen und tragen. Dagegen bindet die Konventionalregel der übrigen, nichtstaatlichen Gemeinschaften nur den, der sich, wie Sohm sagt, ihr in Freiheit unterwarf, nur den, der diesem Kreise angehören will[4]). Die Konventionalregel kann nach einer weiteren Folgerung Sohms daher begrifflich weder gerecht noch ungerecht sein. Hier tritt der Satz:

[1]) Kirchenr. II, S. 48/49. — [2]) Kirchenr. II, S. 52 ff. — [3]) Kirchenr. II, S. 54. — [4]) S. 51/52.

Volenti non fit injuria in Kraft. Der Eintritt in eine auf Konvention beruhende Gemeinschaft enthält zugleich die Ablieferung aller individuellen Sonderrechte.

Nicht ebenso verhält es sich mit der staatlichen Zwangsgemeinschaft. An diese ist die Forderung der Gerechtigkeit zu stellen. Das ist von Sohms Standpunkt aus nur folgerichtig, denn der Zwang, „abstrakt genommen, unrechtlich[1])", bedarf, um erträglich zu sein, irgendeiner Legitimierung. Diese Legitimierung wird in der „Rechtsidee" gesehen. Diesen Ausdruck gebraucht Sohm zwar nicht selbst in seiner Erörterung, aber er bezeichnet trotzdem die von ihm gemeinte Sache. Die Gerechtigkeit gehört nicht zum Begriff, sondern nur zur Idee des Rechts. Sie ist der Rechtsordnung als ideale Forderung aufgegeben und bildet die notwendige Ergänzung zum Rechtsbegriff des Rechts. Die Rechtsidee ist das idealistisch-positivistische Surrogat des Naturrechts. Ihr Wert besteht darin, daß sie einen Maßstab der Kritik des geltenden Rechts liefert. Bei Sohm ist die Rechtsidee Ausdruck einer individualistischen Weltanschauung: „Gerechtigkeit bedeutet die richtige Würdigung der Einzelpersönlichkeit in einer Gemeinschaft, der sie kraft ihres sittlichen Wesens angehört[2])". Sohm läßt durchblicken, daß es diese Art von Gerechtigkeit ist, wodurch die Königreiche bestehen: „Was gerecht ist, ist auch klug[3])". Die Klugheit folgt hier wie sonst im Idealismus der Gerechtigkeit nach, statt ihr voranzugehen. Das Individuum ist Anfangs- und Endpunkt der ganzen Deduktion. Es existiert im Naturzustand als „blonde Bestie", wie sich Sohm für unsere Begriffe etwas platt ausdrückt[4]). Es verschwindet sodann für einige Zeit in einem pädagogisch-zivilisatorischen Zwangssystem, um zuletzt, zur freien, jenseits aller staatlichen Rechtsordnung stehenden sittlichen Persönlichkeit geläutert, wieder zum Vorschein zu kommen. Denn die Unterordnung unter die Notwendigkeiten des Volkslebens läßt Sohm nur zu dem Zwecke zu, daß die Persönlichkeit sich selbst „gewinnt[5])".

Ehe in eine Kritik dieser Aufstellungen eingetreten wird, muß die Vorherrschaft des „positiven", d. h. auf willentlicher Setzung beruhenden Rechtsbegriffs im 19. Jahrhundert noch an einigen Beispielen belegt werden.

a) Savigny hat in seiner Jugendschrift die Vorstellung bekämpft, daß das Recht „durch die Willkür eines Gesetzgebers" erzeugt werde (Beruf, S. 13/14). Dennoch ist seine Rechtsquellenlehre schon hier eine Theorie der Entstehung des positiven Rechts. Nur darin unterscheidet er sich von dem üblichen Gesetzespositivismus, daß er die Erzeugung des Rechts auf „innere, stillwirkende Kräfte" zurückführt. Vor dem Naturrecht hat er ausdrücklich gewarnt; es ist „selbst von den würdigen Männern, welche zuletzt zur Entstehung des Gesetzbuchs" — des preußischen Landrechts — „mitgewirkt haben, als sehr gefährlich für die Rechtspflege anerkannt" (S. 107). Überall, wo vom Naturrecht die Rede ist, wird dieses nicht als reale Ordnung der Dinge, sondern idealistisch als „Rechtsbewußtsein" aufgefaßt (vgl. etwa System I, S. 113, 415). Die „naturalis ratio" fordert nach Savigny „die

[1]) Kirchenr. II, S. 55. — [2]) Kirchenr. II, S. 53; ähnlich Institutionen, S. 22; Gruchot 39, S. 745; Bürgerl. Recht, S. 66 f. — [3]) A. a. O., vgl. auch DJZ. 1909, Sp. 1017. — [4]) Kirchenr. II, S. 54. — [5]) Hegel, Rechtsphil. § 92 (Lasson, S. 85).

Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen" (a. a. O., S. 116). Gelegentlich entgleist Savigny zu der positivistischen Feststellung, daß der Gesetzgeber „der wahre Vertreter des Volksgeistes" sei (a. a. O., S. 39). Der positivistischen „Setzung", bezw. „Erzeugung" entspricht es, daß die juristischen Begriffe und Sätze als „wirkliche Wesen" angesehen werden (Beruf, S. 29). Die dem Positivismus zugehörige Rechtsidee ist ebenfalls bei Savigny zu finden; er bezeichnet es als „erste und unabweisliche Aufgabe des Staates, die Idee des Rechts herrschend zu machen" (System I, S. 25). Für den Idealisten der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen konnte die Rechtsidee nur individualistisch-menschheitlich beschaffen sein.

Auch für Puchta ist das Recht nicht naturhaft der Anlage nach gegeben, sondern ausschließlich durch die Geschichte oder besser die Entwicklung hervorgebracht. Der „Erzeuger des Rechts" ist der „allgemeine Wille" (Gewohnheitsrecht I, S. 142/43). „Sobald man ein Volk als wirklich anerkennt, so schreibt man damit dem Volksgeist eine Tätigkeit zu, daher eine gemeinsame Überzeugung über moralische und rechtliche Freiheit (S. 181). Puchta ist schon nahe daran, die Frage nach der Herkunft des Rechts, soweit sie nicht nur nach Normanwendung und Normposition fragt, als unjuristisch abzuweisen (Gewohnheitsrecht II, S. 3). Er teilt Savignys Abneigung gegen das Naturrecht und bezeichnet die „guten Sitten" und „höheren Rechtsprinzipien" als „sehr vager Auslegung fähige Begriffe"; dasselbe gilt für die Begriffe ratio, veritas, jus naturale. Dagegen soll der Richter die Vereinbarkeit einer Gewohnheit und Übung mit „göttlichen Vorschriften" nachprüfen können, weil dies die „wahre Sicherheit des Rechts gebietet" (II, S. 54 und I, S. 100). Diese abstrakten Trennungen und die unterschiedliche Behandlung, die sie zur Folge haben, sind indessen sehr fragwürdig.

b) Nach Stahl-Jolson sind die „Rechtsideen" noch nicht „geltende Normen"; sie sind „Bestimmungsgründe für den Gesetzgeber, aber nicht für den Richter", weil das Urteil über sie „immer ein bloß individuelles" ist (Rechtsphil. II, 1, S. 207). Das Naturrecht wird verworfen, einmal mit der prinzipiellen Begründung: „Es ist gewiß, daß das Ethos meistens gerade die Überwindung eines Naturtriebes fordert" (Rechtsphil. I, 3. Aufl., S. 22 mit Polemik gegen Aristoteles), sodann mit der methodologischen Erwägung, daß das „natürliche Recht" Objekt der Rechtsphilosophie und Politik sei, was mit der Jurisprudenz nicht „durcheinander geworfen werden" dürfe (Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein, S. 5). Jolson erklärt, daß die Rechtsprinzipien „nur Direktiven, aber noch keine bestimmten (präzisierten) Vorschriften und Gebote, also noch kein Recht" seien (Rechtsphil. II, 1, S. 179/80); „selbst das rechtliche Bewußtsein des Volkes" ist „in keiner Weise noch Recht" (S. 181).

c) Von Windscheid stammt die bekannte Äußerung: „Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt. Das Recht, welches wir haben, welches wir bilden, ist nicht das Recht" (Ges. Reden, S. 9). Das Recht wird definiert als ein „Inbegriff von Vorschriften, welche die natürliche Freiheit beschränken, welche dem Menschen gebieten, zu tun, was er nicht tun möchte, und zu unterlassen, was er tun möchte" (S. 101). Windscheid hat die „Positivität" des Rechts besonders scharf betont: der Richter darf sich nicht an die Natur der Dinge kehren, „was der Natur der Dinge, dem Bedürfnis des Verkehrs entspreche, darüber kann man verschiedener Ansicht sein; es kommt nicht darauf an, was wir darüber denken, sondern was der Gesetzgeber darüber gedacht hat" (Lehrb. des Pandektenr., S. 55); auch die Billigkeit ist nur ein „Ideal": „Der Richter würde sich schwer verfehlen, wenn er das positive Recht seines Volkes zugunsten der Billigkeit oder dessen, was er für Billigkeit hält, hintansetzen wollte" (S. 66). — Die richtige Auffassung findet sich dagegen bei B. W. Leist: „Die Äquität ist nicht ein Ideal, vor dessen Erreichen wir lediglich am Rechte halten müßten, sondern sie ist eine Aufgabe, an der inner-

halb des Rechtsgebietes immer gearbeitet wird, und immer noch ferner gearbeitet werden muß" (Die realen Grundlagen und Stoffe des Rechts, S. 201). — Wie schon bei Savigny, so bewegt sich auch bei Windscheid die Wissenschaft des positiven Rechts in einer abstrakt-idealen Scheinwelt: „Die Wahrheit, welche sie" — die Wissenschaft — „hat, ist etwas anderes als die Dinge sind" (Ges. Reden, S. 12).

Nach Jhering zeichnet die Norm „dem fremden Willen eine Richtung vor, die er einhalten muß" (Zweck I, S. 330). Der Normadressat ist bei Jhering nicht bloß der Untertan, sondern vor allem die Staatsgewalt selbst; die Imperative haben nicht nur externe, sondern vor allem interne Wirkung; darin besteht nach Jhering der „Rechtsstaat (S. 338 f., 357 f.). Zwar ist auch die einseitig verbindende Norm „Recht", aber der Rechtsidee entspricht sie noch nicht, das Recht ist auf dieser Stufe der Willkür oder Despotie noch nicht das, „was es sein kann und sein soll: die gesicherte Ordnung der menschlichen Gesellschaft" (Zweck I, S. 351). Auch Jhering schreibt den juristischen Begriffen ein ideal-abstraktes „Sein" zu und nimmt die „logischen Existenzen" seiner Rechtslehre so ernst, daß er sie „produktiv werden", „sich paaren" und „neue Begriffe zeugen" läßt (Geist des röm. Rechts I, 6. Aufl., S. 40). Gegen diese Auffassung hat sich in einer vorzüglichen Kritik A. Brinz gewendet: „Anstatt Existenzen vorauszusetzen und uns zu sagen, daß wir diese nach dem ihnen innewohnenden Gesetze . . . zu begreifen suchen müßten, statt dessen fordert der Verfasser auf, daß wir uns Begriffe bilden und erst dadurch Existenzen schaffen sollen. Fast möchte man glauben, daß ihn der Eindruck einer philosophischen Schule gefangen hält" (Krit. Vierteljahrsschr. II, S. 35). Auf die Spitze gesteigert ist der idealistische Positivismus Jherings in seinen Ausführungen über Shakespeares Kaufmann von Venedig in der Schrift „Der Kampf ums Recht". Der jüdische Wucherer erscheint hier als Idealist des Rechtsstaats, er hat den „Glauben an das Recht" (16. Aufl., S. 61). Das Gesetz ist für Shylock etwas Existenzielles. Er hat „den Schwung und das Pathos eines Mannes, der sich bewußt ist, daß es sich . . . nicht bloß um seine Person, sondern um das Gesetz handelt" (S. 58 f.).

Nach Bergbohm ist alles Recht positives Recht. „Nur, was als Recht funktioniert, ist Recht" (Jurisprudenz, S. 80). Worin diese Positivität besteht und wie das Recht des näheren funktioniert, kann Bergbohm jedoch nicht angeben. Die Frage, wer „Rechtsquelle" ist, läßt sich nicht mit Sicherheit beantworten; vielleicht ist „jedermann" Rechtsquelle (S. 20); und vor allem kann selbst der „gröbste Rechtsbruch" Recht schaffen (S. 42). Es läßt sich nicht mehr über diese Frage sagen, als daß das Recht „entweder durch ausdrückliche Setzung seitens autoritativer Mächte oder auf einem andern Wege in Wirksamkeit gesetzt wird" (S. 358). Es nutzt natürlich nicht viel, den Satz, daß alles Recht geschichtlich entsteht, abstrakt festzuhalten, wenn man auf die Frage, wann, wie und wo in der Geschichte Recht entsteht, keine Antwort gibt. Bergbohm bekämpft überall die Vorstellung des Naturrechts als eines nicht positiven und doch geltenden Rechts (S. 140), aber sein eigener Begriff des positiven Rechts ist nicht minder widerspruchsvoll. Denn einerseits muß er zugeben, daß die Normen des Naturrechts, obwohl ohne Rechtsnatur, praktisch dennoch wirksam sind und funktionieren (S. 378 Anm. 8), und anderseits bleibt die angebliche Geltung des positiven Rechts oft nur auf einen kraftlosen Geltungsanspruch beschränkt (S. 439). Unter dem Naturrecht versteht Bergbohm nicht etwa die Vorstellung eines vorstaatlichen Naturzustandes; an dieser ist vielmehr nichts naturrechtlich (S. 136); sondern diejenige eines von menschlicher Setzung unabhängigen Rechts (S. 130). Seine eigene Rechtslehre ist nicht nur nicht naturrechtlich, sondern auch ungeschichtlich, was auch durchaus folgerichtig ist; denn mit der Leugnung des Naturrechts entfällt das Prinzip der geschichtlichen Kontinuität. In der Sprache und der geschichtlichen Überlieferung, die auch im Naturrecht Recht sieht, will er nur den Ausdruck „jahrhundertelang geübter Nachlässig-

keit" erblicken (S. 54, vgl. auch S. 73); zugleich aber ist es „unwissenschaftlich", „alle früheren Generationen und alle anders fühlenden Mitmenschen mit dem Makel der sittlichen Unvollkommenheit zu brandmarken" (S. 458). Position heißt für ihn so viel wie „Ins Sein setzen des Gedachten" (S. 51 Anm.), doch ist das Recht nur ein „Abstractum" (S. 383 Anm. 10). Eine sukzessive Entstehung des positiven Rechts wird abgelehnt: entweder liegt ein fertiger Rechtssatz oder aber überhaupt kein Rechtssatz vor (S. 434). Mag auch das Recht seinem Inhalt nach von der Sittlichkeit abhängig sein, so löst es sich doch mit dem Augenblick der Normposition von seiner Weltanschauungsgrundlage los und steht, einmal „in Wirksamkeit gesetzt, vollständig auf sich selbst" (S. 444 Anm. 27). Der Status quo ist unbedingt „heilig", mag auch morgen schon etwas anderes gelten (S. 145, 103). Im übrigen gibt es selbstverständlich etwas „Höheres" als das positive Recht, nur ist dieses Höhere kein Recht, ebensowenig wie eine Statue ein wirklicher Mensch (S. 533). Hier erhebt sich die Frage: ist das „Höhere" mit dem Recht gattungsgleich, oder wenn nicht, wieso ist es dann „höher"? Ist eine Statue etwas „Höheres" als ein konkret existierender Mensch? Auch Bergbohm kann auf die Rechtsidee nicht verzichten. Im übrigen bleibt dem Positivisten nichts anderes übrig, als sich jedem Rechtsbruch „positiv" gleichzuschalten, ihn als „heilig" zu sanktionieren und auf den nächsten, in gleicher Legalität hinzunehmenden Rechtsbruch zu warten. — Trotz der Fülle der Widersprüche, die das Buch von Bergbohm enthält, ist es nicht wertlos, sondern hat in kritischer Beziehung vorzügliche Leistungen aufzuweisen. Das gilt namentlich für die Beurteilung, die Jolson erfährt. Bergbohm nennt ihn „nur scheinbar klar; tatsächlich gedankenverschleiernd" (S. 267); auch ein „echter Historiker" ist Jolson nicht, sondern nur ein „Affiliierter" der geschichtlichen Schule (S. 191 und 187 Anm. 15). Das Theologische bei ihm ist „eine bloß äußerlich angefügte und gänzlich überflüssige Zutat" (S. 270).

Zitelmann führt die angebliche Tatsache, daß wir „mit unsern Denkoperationen eine zweite Welt nach dem Ebenbilde der natürlichen Welt hervorbringen", auf einen „Machtspruch" zurück (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 202). Das Rechtsgesetz ist „freie Schöpfung des Menschen" (S. 206). Zitelmann sieht wohl, daß man sich unter Recht immer etwas Wirkliches und Gegenständliches denkt, will aber zugleich diese Wirklichkeit und Gegenständlichkeit für „Sätze" in Anspruch nehmen (Arch. Ziv. Pr. 66, S. 461). Das Recht hat „als wesentliches Merkmal die Positivität"; „die Gerechtigkeit ist das Ideal" usw. (S. 379).

Die zweite Welt des Rechts ist nach Gierke „eine Gedankenwelt, welche sich mit der Welt des Wirklichen niemals vollkommen deckt" (Genossenschaftstheorie, S. 308 Anm. 1). Gierke hält an der Positivität fest, will aber den Positivismus durch die „Rechtsidee" korrigieren (Naturrecht und Deutsches Recht, S. 12, 32). Als unabweisbare Forderung der Rechtsidee bezeichnet er z. B. die Anerkennung juristischer „Verbandspersonen" (Deutsches Privatr. I, S. 471).

Binding läßt den Staat sich durch den Akt der Normposition ein Recht auf Botmäßigkeit beilegen (Normen I, S. 82 f.). Es ist unerfindlich, wie sich der Staat durch Aufstellung einer Norm Macht beilegen könnte, die er nicht zuvor und ohnehin schon besitzt. Wenn Binding erklärt: „Es gibt keine Rechtspflicht, sie sei denn positivrechtlich statuiert" (II, 2, S. 132 Anm. 1), so schwebt diese positive Setzung völlig in der Luft. Aus den Normen „erfährt der Monarch, erfahren die Beamten, erfahren alle Gesetzesuntertanen, wie weit die höchst persönlich zu erfüllende Rechtspflicht in ihr Leben eingreift" (I, S. 82). Offenbar gehört dieser Rechtsbegriff in die konstitutionelle Monarchie; wie wäre es sonst möglich, daß der Herrscher seine Pflichten aus der Norm kennenlernt, die er doch selbst erst aufgestellt haben muß. Der ganze Normbegriff ist hier, wie Klöppel treffend bemerkt, „bestenfalls unfruchtbar" (Gesetz und Obrigkeit, S. 111). Er führt dazu, daß Kinder und Geisteskranke außerhalb der Rechtsordnung gestellt werden, „die Norm kann nur solche Menschen

binden, welche ebenso fähig sind, ihre Anforderung zu erfüllen als zu verletzen", sie wendet sich an den „Willen" und fordert „Gehorsam" (und nicht etwa Treue), Normen I, S. 99 (dagegen Thon, Rechtsnorm, S. 86 ff. der behauptet, die Imperative des Rechts müßten auch für Wahnsinnige gelten; sonst käme nämlich diesen gegenüber nur Notstand, nicht aber Notwehr in Betracht, eine Folgerung, die Thon vermeiden möchte, aber seine Behauptung ist unsinnig). Die Wirklichkeit entschwindet für die Normentheorie Bindings mehr und mehr: „so bleibt uns Juristen nur Resignation übrig. Das Delikt entsteht durch die Norm (!), die Möglichkeit ihrer Übertretung für jeden einzelnen durch ihre Kenntnisnahme und ganz allein durch sie — hinter Verbot und Gebot beginnt aber für den, der nach der Rechtswidrigkeit sucht, tiefster undurchdringlicher Nebel" (Normen II, 1, S. 160).

d) Aus dem Auflösungsstadium des positivistischen Rechtsdenkens ist zu erwähnen die bekannte Formel G. Jellineks von der „normativen Kraft des Faktischen" (Allg. Staatslehre, S. 337 ff.). Der Positivismus war ausgegangen von der Forderung nach Ausschluß der Willkür; hier wird umgekehrt die Willkür zum Ausgangspunkt der Allgemeinen Rechts- und Staatslehre. Für den Positivisten gilt nur das Gesetz „und was Gesetzeskraft hat" (Jolson). Gesetzeskraft in diesem Sinne hat nicht das Gesetz selbst; von einer normativen Kraft der Norm zu reden, hätte selbst in einer Allgemeinen Rechts- und Staatslehre nur einen tautologischen Sinn. Das Faktum, das normative Kraft haben soll, ist die Normwidrigkeit, der „Rechtsbruch". Die normative Kraft des Faktischen überrennt jeden noch so heiligen Status quo. — Gegen die Formel Jellineks vor allem E. R. Huber, Blätter f. d. Phil., Bd. 5, S. 309; Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, S. 50 ff. Wenn Huber an der letzterwähnten Stelle einwendet, bei Jellinek werde die faktische Kraft der Norm übersehen, so erscheint dieser Einwand insofern weniger glücklich, als der reinen Norm keine faktische Kraft zukommt.

Bei Manigk erscheint die positivistische Rechtsidee in schon wieder mehr handgreiflicher Form als „Idee des Naturrechts" und unter diesem Gesichtspunkt tritt dann Manigk für Zulassung der Abtreibung als eines „natürlichen Rechts" ein; diese „Verfügungsbefugnis" ist von jeder Verantwortlichkeit gegenüber dem Staat frei (Festg. f. Stammler, S. 25).

Nach Haymann gibt es auch ein „schlechtes, verwerfliches Recht", worüber „das Schillernde des Wortes nicht hinwegtäuschen darf" (Festg. f. Stammler, S. 455). Dem Positivismus müssen notwendig alle Worte „schillern". Doch bekennt sich auch Haymann zur „Rechtsidee", die er auf die „Menschheit" bezieht (S. 456, 463, 473). Sie liefert einen Maßstab der Kritik des geltenden Rechts vom menschheitlichen Standpunkt. Etwas anderes als einen Maßstab der „Kritik" kann sie auch gar nicht liefern, weil sie „formal" ist. Ein reales Naturrecht kennt Haymann um so weniger, als er es mit dem Idealismus ausdrücklich ablehnt, die „Reinheit der Abstammung" als Kriterium des Nationbegriffs anzusehen; das Kriterium ist die Sprache (Weltbürgertum und Vaterlandsliebe in der Staatslehre Rousseaus und Fichtes, S. 87; vgl. auch S. 97 Anm. 1: nicht die Stimme des Blutes ist maßgebend, sondern der deutsche Geist). — Ähnlich R. Stammler, der das Naturrecht ablehnt, weil es von „bloß physiologischen Anlagen" ausgeht (Recht und Kirche, S. 21).

e) Die staatliche und genossenschaftliche Rechtstheorie stehen sich in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts in einer Art von Gleichgewichtslage gegenüber. Jene führt alles Recht auf staatliche Setzung bzw. Ermächtigung zurück; diese läßt alle organischen oder organisierten Gemeinschaften unabhängig vom Staate zur Rechtssetzung befugt sein. Dabei wird unter Recht immer der Rechtsbegriff des Rechts und die imperativische Zwangsnorm verstanden.

Die staatliche Rechtstheorie wird außer von Sohm vertreten u. a. von Jhering, Zweck im Recht I, S. 89, 320, 331; G. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 367; H. Kel-

sen, Arch. öff. R. 31, S. 200; F. Somlò, Juristische Grundlehre, 2. Aufl., S. 153, 170, 178; Erwin Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 76 ff. Die staatliche Rechtstheorie folgt nicht notwendig aus der Unterscheidung von Rechtsregel und Konventionalregel, kann aber auf sie gestützt werden, wenn man mit Sohm alle nichtstaatlichen Ordnungen auf Konvention zurückführt. Andernfalls müßte man die Kirche ebenso wie den Staat als Zwangsverband ansehen. R. Stammler, der Urheber der ganzen Unterscheidung, hat nicht die Folgerung Sohms gezogen (Lehrb. d. Rechtsphil., 3. Aufl. S. 85; Recht und Kirche, S. 65 ff., 73, 116).

Für die genossenschaftliche Rechtstheorie ist vor allem O. Gierke eingetreten. Nach ihm ist jede „organische" und in noch höherem Maße jede „organisierte" Gemeinschaft zur Rechtserzeugung befähigt. Zum ersteren Typus zählt Gierke Religionsgesellschaften, Stände und Berufsklassen; zum letzteren Kirchen, Gemeinden, Genossenschaften (Deutsches Privatr. I, S. 119 ff.). Die genossenschaftliche Rechtstheorie findet sich schon bei den Historikern, vgl. Savigny, System I, S. 27 f.; Puchta, Einleitung in das Recht der Kirche, S. 67 ff.; ferner bei Bierling, Prinzipienlehre I, S. 19; Thon, Rechtsnorm, S. X, 1; Eppler, Das Recht, S. 48. Bezeichnend für das Niveau der Argumentation ist, daß Eppler die Frage der Rechtssetzungsbefugnis für Kirche, Geheimbünde, Parteien, Kartelle und andere Verbindungen einheitlich bejaht; Jhering sie für alle derartigen Verbindungen ebenso einheitlich verneint. — Vgl. noch U. Stutz, Die kirchliche Rechtsgeschichte, S. 12, 39 f. Stutz läßt „mit Absicht den vielumstrittenen Souveränitätsbegriff aus dem Spiel", weil „ohnedies die Gefahr besonders groß "ist, „daß Gesichtspunkte außerwissenschaftlicher Natur das Auge des Forschers trüben. Da bietet die Lehre vom Recht doch noch die Gewähr größerer Sicherheit. Zwar ohne Voraussetzung geht es auch da nicht ab" usw. (S. 37).

Drittes Kapitel

Kritik der Rechtslehre Sohms

I. Sohm und die bürgerliche Gesellschaft

Der Ausgangspunkt der Rechtslehre Sohms ist die bürgerliche Gesellschaft des 19. Jahrhunderts. Sie ist der maßgebende und bestimmende Beziehungspunkt des rechtswissenschaftlichen Positivismus überhaupt. Nicht nur das Rechtsdenken Sohms, sondern das gesamte Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts läßt an mehr als einer Stelle diesen Zusammenhang mit Deutlichkeit erkennen.

Sohm selbst hat sich auch keineswegs bemüht, die bürgerliche Herkunft seines Denkens zu verschleiern. Namentlich in seinen Arbeiten über das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat er sich in dieser Hinsicht mit großer Klarheit ausgesprochen. Die Gesellschaft und die verwandten Kategorien wie Individuum und Menschheit spielen hier eine ausschlaggebende Rolle. So wird „die ihrer selbst sich bewußt werdende Einzelpersönlichkeit" neben dem Volk als „die zweite Großmacht der Geschichte" bezeichnet, die „die Führung der Volksentwicklung in die Hand nimmt[1])". Die Privatperson ist das „Thema des sogenannten Allgemeinen Teils" des neuzeitlichen Kodifikationssystems[2]). Durch die „Rechtsform der juristischen Person" ist „die Befreiung der Einzelpersönlichkeit vollendet, zugleich die wirtschaftliche Macht der Verbände voll entfesselt und damit den beiden Grundpfeilern unseres heutigen Kulturlebens vollkommenere Gestalt gegeben[3])". Die juristische Person dient nach Sohm nicht notwendig dem reinen Individualismus: „In der Gestalt der juristischen Person (z. B. Staat, Gemeinde, Universität) vermag vielmehr die Gesellschaft aufzutreten[4])". Das Bürgerliche Gesetzbuch wird selbst wieder nur als Durchgangsstufe zu einem allgemeinen Menschheits- und Weltrecht angesehen: „Der Verkehr haßt die Rechtsverschiedenheit. Zunächst mußte mindestens ein einheitliches nationales Recht geschaffen werden[5])".

Die Bezeichnung „Bürgerliches Gesetzbuch" hat, wie Sohm richtig erkannte, unmittelbar politische Bedeutung. Es handelt sich in diesem Zusammenhang nicht um einen technisch-instrumentalen Begriff und auch nicht um einen leeren

[1]) Bürgerl. Recht, S. 66. – [2]) Institutionen, S. 185. – [3]) Bürgerl. Recht, S. 89. – [4]) Institutionen, S. 190. [5]) Bürgerl. Recht, S. 75.

Allgemeinbegriff der Allgemeinen Rechts- und Staatslehre. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält vielmehr bürgerliches Recht „im sachlichen Sinne des Wortes, d. h. städtisches, kaufmännisch gedachtes, geldwirtschaftliches Privatrecht". Die „Eigenart des bürgerlichen Gesetzbuchs", so fährt Sohm an dieser Stelle fort, „besteht in der Kraft, mit der die Anforderungen des Verkehrs erfaßt und in Gestalt von Gesetzesparagraphen zur Geltung gebracht sind[1])". Die Beziehungslosigkeit dieses privat-ökonomischen Verkehrssystems geht soweit, daß der „gutgläubige Erwerber" geradezu als „die Hauptperson im bürgerlichen Gesetzbuch" angesehen werden kann[2]). Damit ist aus dem Hehlerprivileg des talmudischen Rechts die Grundlage des gesamten positivistischen Rechts- und Gesetzgebungssystems geworden. Sohm aber sieht in der Kodifikation des Privatrechts die Krönung der Gründung des Zweiten Reiches; diese übt „auch für das Privatrecht eine erlösende, befreiende, machtschöpferische Wirkung[3])". Die „Sonne eines nationalen deutschen Einheitsrechts" war aufgegangen[4]).

Das Rechtssystem des 19. Jahrhunderts hat man treffend als ein „abstraktes ziviles Zwangsnormengeflecht" gekennzeichnet[5]). Der Rechtsbegriff ist hier nichts anderes als eine Umschreibung und Verabsolutierung des Privatrechts. Sohm spricht von der zentralen Bedeutung des Privatrechts. Durch das Privatrecht wird „aus dem Massenleben (Herdenleben) der Urzeit das Leben freier Einzelpersönlichkeiten". „In diesem Sinne bildet das Privatrecht zugleich den Gegensatz und ein unentbehrliches Glied, ja die Grundlage unseres gesamten heutigen öffentlichen Rechts . . . Das Vermögensrecht ist der Kern des Privatrechts[6])". Dieser Gedanke wird in zahlreichen Formulierungen wiederholt und abgewandelt. „Das Privatrecht ist der wichtigste Teil des gesamten Rechts, mit der Gliederung der gesellschaftlichen Klassen schafft es zugleich die Grundlage für den Staat. Änderungen des Privatrechts werden darum viel stärker empfunden als Änderungen nur des öffentlichen Rechts. Ein Angriff auf das bestehende Privatrecht erscheint als die gefährlichste Umsturzbewegung: nicht bloß die Gesamtheit, sondern unmittelbar jeder einzelne wird davon betroffen. Weit mehr als seine politische Berechtigung empfindet jeder sein Eigentum und seine Familie als ein Stück von sich selbst. Weil am Privatrecht alles andere hängt, ist es um so vieles unbeweglicher und zähflüssiger, als das öffentliche Recht. Die Änderungen des Privatrechts sind ganz allmählicher, säkularer, für die Mitlebenden kaum merklicher Art, während das öffentliche Recht vom Wind der Zeit in stete Bewegung versetzt wird[7])". Das Familienrecht ist für Sohm nur ein Annex des Privatrechts[8]).

Das Rechtssystem des 19. Jahrhunderts ist Ausdruck der Herrschaft der bürgerlichen Gesellschaft. Das Bürgerliche Gesetzbuch als die wichtigste Kodifikation des

---

[1]) Bürgerl. Recht, S. 78. — [2]) A. a. O. — [3]) Gruchots Beiträge, 39, S. 760. — [4]) Bürgerl. Recht, S. 77. [5]) P. Ritterbusch, Festg. f. Rich. Schmidt, S. 234. — [6]) Institutionen, S. 26. — [7]) Bürgerl. Recht, S. 66. [8]) Institutionen, S. 26; Bürgerl. Recht, S. 67.

19. Jahrhunderts ist sowohl seiner Herkunft als auch seinem Inhalt nach von der bürgerlichen Gesellschaft abhängig. „Nicht ich", sagt Sohm, „habe den Entwurf gemacht, auch nicht die Kommission, sondern die juristische Gesellschaft nicht nur Berlins, sondern Deutschlands[1])". Alle sogenannten Allgemeinbegriffe dieses Gesetzbuchs sind in Wirklichkeit nur die Zentralbegriffe der bürgerlich-gesellschaftlichen Rechtslehre. Sohm hat dafür eine Reihe wichtiger Belege geliefert. Der „Gegenstand" des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nach seiner exakten Definition der Gegenstand des vermögens- bzw. verfügungsrechtlichen Verkehrs[2]), eine These, die einen Doppelsinn enthält. Oder, um ein anderes Beispiel zu nennen: „Der Kern der Privatrechtsfähigkeit ist die Vermögensfähigkeit[3])".

So sind die scheinbar ewigen und übergeschichtlichen Begriffe beschaffen, die nicht nur für die Dogmatik des „geltenden Rechts", sondern auch für jede rechtsgeschichtliche Darstellung unentbehrlich scheinen. In Wirklichkeit zeigt man dadurch, daß man sie als unentbehrlich betrachtet, nur die Abhängigkeit seiner eigenen Begriffe und Vorstellungen von der bürgerlichen Gesellschaft. Hier liegt das Wesen der Begriffe, mit denen wir nach einem bereits angeführten Ausspruch Sohms „nicht bloß das römische, sondern ebenso jedes andere Recht meistern[4])". Die eigentümliche Geschichtslosigkeit dieser juristischen Allgemeinbegriffe zeigt sich dabei vor allem darin, daß das römische Recht, dem man sie angeblich entnimmt, von ihnen überhaupt nichts weiß[5]).

Bildung und Besitz sind die Substanz der bürgerlichen Gesellschaft. Daher kann Sohm erklären, daß „der Einfluß des dritten Standes auf das geltende Recht nicht auf seiner Selbstsucht" beruht, „sondern darauf, daß er der Schöpfer unserer Bildung ist[6])". Sohm, nach der Ansicht mancher ausschließlich ein frommer Protestant, dessen Denkweise rein religiös durch seine Frömmigkeit bedingt ist, trägt kein Bedenken, die Bibel in die Sprache der bürgerlichen Gesellschaft zu übersetzen; so sagt er gelegentlich: „Die Furcht Gottes ist aller Bildung Anfang[7])". Der Besitz aber ist logisch und praktisch die wesensnotwendige Ergänzung der bürgerlichen Bildung. „Irdischer Sonnenschein gesteigerten wirtschaftlichen Daseins wirkt weckend auch auf den sittlich religiösen Geist[8])". Wie die liberale Demokratie, so muß auch die bürgerliche Bildungskirche „reich" sein.

Dabei sollen selbstverständlich Bildung und Besitz nicht bloß dem Individuum dienen, sie haben vielmehr auch eine nationale und soziale Funktion. Sie sind dazu bestimmt, die Entwicklung der Kultur und den Fortschritt der Menschheit zu fördern[9]). So ist es möglich, zu behaupten, daß „das kapitalistische Recht heute im

---

[1]) Gruchots Beiträge, 39, S. 740. — [2]) Der Gegenstand (1905), S. 7, 22. — [3]) Institutionen, S. 189. [4]) A. a. O., S. 10. — [5]) Fr. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934) will „Grundanschauungen" der Römer erkennen, die diese nicht aussprechen; dennoch soll es sich nicht um „Phantasien" handeln (S. 1). Vgl. den Katalog der den Römern „fehlenden" Termini, S. 30. — [6]) Bürgerl. Recht, S. 145. — [7]) Die sozialen Pflichten der Gebildeten (1896), S. 7. — [8]) Bürgerl. Recht, S. 138. — [9]) Die sozialen Pflichten der Gebildeten, S. 9.

Interesse aller Volksklassen liegt[1])". Die Lösung der „sozialen" Frage ist recht eigentlich die Aufgabe der Gebildeten[2]). Die Frage ist eine „soziale" und keine politische oder theologische. Staat und Kirche sind nach der Ansicht Sohms nicht berufen, die „soziale" Frage zu lösen. Wenn er gelegentlich sagt, der vierte Stand müsse „national" werden, so ist immer zu beachten, daß der Begriff der Nation für ihn ein Bildungsbegriff ist. Zwar ist der „Hunger nach Macht" die Seele des Staates[3]), aber den Tatsachen, d. h. den sozialen Verhältnissen gegenüber ist er ohnmächtig; er kann den Geschichtsverlauf nicht maßgebend bestimmen, sondern höchstens eine in sich notwendige Entwicklung beschleunigen oder verlangsamen[4]). Ebenso ist die Liebestätigkeit der Kirche machtlos angesichts der Problematik der sozialen Frage[5]).

Die Zuordnung der Rechtslehre Sohms und seines Denkens überhaupt zur bürgerlichen Gesellschaft läßt sich aber nicht nur aus dem Inhalt seiner Schriften erweisen. Die bürgerlichen Schichten von Bildung und Besitz sind auch die Gesprächspartner, an die sich Sohm mit seinen Thesen wendet und deren Anwesenheit er überall voraussetzt.

Für diese Behauptung sind die Beiträge zur Lösung der sozialen Frage, die er in seinen Schriften und gedruckten Vorträgen geliefert hat, ein gutes Beispiel. Sie mögen ihren Eindruck auf ein gebildetes Publikum nicht verfehlt haben; der Zugang zum Volk, speziell zur Arbeiterschaft mußte ihnen versperrt bleiben. Sohm gehört zu den Honoratioren der bürgerlichen Gesellschaft; er ist ein Mensch, an dessen persönlicher Lauterkeit kein Zweifel erlaubt ist, und darüber hinaus auch ein frommer Christ. Dennoch hatte er der marxistischen Ideologie nichts entgegenzusetzen. Was half es, daß er sich z. B. für den Gedanken der sozialen Monarchie einsetzte und betonte, daß der bestehende Staat nicht „als solcher" notwendig ein Klassenstaat sei, daß vielmehr der Arbeiter in ihm einen Freund sehen müsse? Sohm kannte kein anderes Ziel als die Eingliederung des Arbeiters in „den bestehenden Staat der Gegenwart[6])". Dieser konkrete Staat blieb ein Klassenstaat, mochte der Staat „als solcher" beschaffen sein, wie er wollte. Wenn die sozialistische Doktrin abstrakt den Staat „als solchen" ablehnte, so tat sie dies angesichts der Wirklichkeit des Zweiten Reiches mit einer gewissen Berechtigung; die abstrakte Antithese, die Sohm dieser These entgegenstellte, hatte dagegen zur konkreten Gegenwart überhaupt keine Beziehung mehr. Übrigens hatte Sohm selbst den vorkapitalistischen Ständestaat des preußischen Landrechts als „veraltet" bezeichnet, und diese Charakteristik wurde folgendermaßen begründet: „Es genügt die Worte zu lesen: ‚Wer zum Bauernstand gehört, darf ohne Erlaubnis des Staates weder selbst ein bürgerliches Gewerbe treiben, noch seine Kinder dazu wid-

[1]) Bürgerl. Recht, S. 145/46. — [2]) Die sozialen Pflichten, S. 14. — [3]) Die sozialen Aufgaben des modernen Staates (1898), S. 24 f. — [4]) A. a. O., S. 9, 11. — [5]) Die sozialen Pflichten, S. 15/16. — [6]) Die sozialen Aufgaben, S. 18, 29.

men', oder: ‚Der Adel ist zu den Ehrenstellen im Staate, wozu er sich geschickt gemacht hat, vorzüglich berechtigt' —, um den starken Eindruck zu empfangen, daß hier der Geist längst vergangener Zeiten zu uns redet[1])". Sohm kannte nur noch Bildung und Besitz, nicht aber Blut und Boden und nicht das aristokratische Prinzip der Ehre. Selbst die Monarchie konnte nur unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs der Klassengegensätze in dieses „rechtsstaatliche" System eingefügt werden. Damit war aber auch eine ständische Ordnung der Arbeit unmöglich geworden.

Die geistige Haltung Sohms verrät den besitzenden und gebildeten Bürger. Bis in die Eigentümlichkeiten seines Stils ist die Zugehörigkeit zum Bürgertum wirksam. Der gerühmte „Glanz seiner Darstellung", der „suggestive Bann[2])", alle diese Qualitäten sind heute verlorengegangen; das manchmal das Groteske streifende Pathos, die abstrakt-konventionellen Vergleiche und Metaphern haben ihre Wirkung eingebüßt. Sohm fehlt, wie dem Bürgertum überhaupt, die Kraft zu echten Bildern und Gleichnissen. Die Bildhaftigkeit des Denkens und der Sprache ist durch die abstrakte „Wissenschaftlichkeit" und die konventionellen Redensarten der Gebildeten mediatisiert. Wenn Sohm gar davon spricht, daß „das Wesen des Forderungsrechts die Sehnsucht" sei, so erscheint uns dies schon geradezu als geschmacklos[3]). Der Stil Sohms ist Ausdruck seiner Zeit, wie er auch in der Sache mit einer Ehrlichkeit, die den Vorwurf der Banalität selbst da nicht scheut, wo er berechtigt ist, das aussprach, was alle Zeitgenossen dachten und fühlten. Er ist das spätbürgerliche Zeitalter in Gedanken erfaßt.

Dennoch wäre diese Charakteristik Sohms unvollständig, wenn sie sich in der Zeichnung eines bürgerlichen Porträts erschöpfen wollte. Wenn Sohm auch in seinem Denksystem den Wirklichkeiten von Blut und Boden keinen Platz eingeräumt hat, so sind doch Blut und Boden tatsächlich in ihm wirksam geblieben. Seine geistige Substanz ist durch das bürgerliche Zeitalter zwar vermindert und reduziert, aber nicht völlig zerstört. Bei Sohm finden sich, wie wohl bei jedem Deutschen, selbst im 19. Jahrhundert, noch Überreste eines echten konkreten Ordnungsdenkens[4]). Soweit diese Überreste in seinem Kirchenrecht auftreten, müssen sie uns im Schlußkapitel noch beschäftigen. Sie sind aber auf das Kirchenrecht nicht beschränkt geblieben. Vor allem hat Sohm überall noch einen Zugang zur Geschichte. Das beste Beispiel bietet in dieser Hinsicht wohl seine Schrift „Trauung und Verlobung". Jede geschichtliche Auffassung des Rechts muß sich daran legitimieren, daß sie den Vorgang der Rechtsentstehung als sukzessiv begreift und ihn nicht in einem einzigen Augenblick sich konsumieren läßt. Sohms These, daß „das deutsche Recht die Neigung hat, die verschiedenen Wirkungen der Ehe nacheinander eintreten zu lassen", enthält in diesem Sinne eine prinzipielle Geschicht-

---

[1]) Das französische und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (1900), S 458. — [2]) Barion, Rudolph Sohm, S. 5. — [3]) Von der deutschen Rechtswissenschaft, S. 40. — [4]) Vgl. die Bemerkung von Carl Schmitt, Über die drei Arten, S. 42.

lichkeit[1]). „Das Resultat der Entwicklung", so heißt es hier, „ist bei einer Reihe von Stammesrechten, daß die eheliche Treue mit der Verlobung, die eheherrliche Gewalt mit der Trauung, die eheliche Standesgemeinschaft mit dem Beilager, das eheliche Güterrecht mit der Geburt eines Kindes eintritt[2])". Durch die Verlobung erhält nach Sohm die Ehe ihre Legitimität, die Trauung ist der rechtliche Vollzug des matrimonium initiatum. Ein Fall konkreten Ordnungsdenkens ist hier insofern gegeben, als Sohm richtig erkennt, daß sich die Eingliederung in eine konkrete Lebensordnung in verschiedenen Stufen vollziehen muß. Der Rechtsbegriff des Rechts wird in dieser geschichtlichen Erörterung beiseite gesetzt; so kann Sohm an einer andern Stelle ausführen, daß unter dem Einfluß des Christentums „das deutsche Verlöbnisrecht von dem privatrechtlichen (egoistischen) zum öffentlich-rechtlichen (ethischen) Standpunkt überging[3])".

Die Polemik gegen Friedberg zeigt die existenzielle Überlegenheit selbst noch des positivistisch, wenn man so sagen darf, verkommenen deutschen Rechtsdenkens gegenüber dem artfremden „reinen" Positivismus. Mit den Ausführungen Sohms mögen die Ergebnisse Friedbergs verglichen werden: „Friedberg muß es begegnen, daß er mit seiner Auffassung der Geschichte der Eheschließung überall zu den Zeugnissen der Zeitgenossen in direkten Gegensatz tritt. Im 8. Jahrhundert gerät er mit König Liutprand, im 12. mit Alexander III. und Gratian, im 16. mit Luther und im 17. mit Carpzow in Konflikt[4])". Offenbar ist dieses Ergebnis in den Voraussetzungen des positivistischen Rechtsdenkens bereits angelegt. Eine positivistische Geschichtsbetrachtung muß, so paradox es klingt, von der Geschichte absehen, um rein „juristisch" bleiben zu können. Der Rechtsbegriff des Rechts soll ja eine historisch-psychologische oder soziologische Betrachtungsweise gerade ausschließen[5]). Daher beruft sich Friedberg für seine Konstruktion des Verlöbnisrechts im 8. Jahrhundert auf jeden „unbefangenen Menschen, der nicht durch Voreingenommenheit auf falsche Wege gewiesen ist[6])", während sich Sohm auf König Liutprand beruft[7]). Nach Friedberg wäre Liutprand nicht unbefangen, sondern „durch Voreingenommenheit auf falsche Wege gewiesen". Die Argumentation Friedbergs, wenn man von einer solchen überhaupt sprechen will, enthält eine bemerkenswerte Verknüpfung von Tarnung und Verabsolutierung der eigenen Unkenntnis und persönlicher Verdächtigung des wissenschaftlichen Gegners. Alles dies soll aber in der Sache zu weiter nichts frommen als zur Erhärtung der These: „Die Ehe wird nach klassischem kanonischem Recht weder durch Verlobung noch durch Trauung, sondern durch die Eheschließung geschlossen[8])".

Bei der Lektüre von „Trauung und Verlobung" spürt man deutlich, wie Sohm, von seinem Gegenstand, der deutschen Rechtsgeschichte, übermannt, den Rechts-

[1]) Trauung und Verlobung, S. 36. — [2]) S. 36. — [3]) S. 23. — [4]) S. 122. — [5]) Vgl. die Ausführungen Schönfelds gegen Sohm im Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 18, S. 58 ff. und die treffende Kritik von Barion, Rudolph Sohm, S. 10 ff. — [6]) Trauung und Verlobung (1876), S. 19. — [7]) Trauung und Verlobung, S. 16. — [8]) So die Zusammenfassung Sohms, S. 74.

begriff des Rechts ohne weiteres aufgab. Diese Schrift und ebenso manche Partien des ersten Bandes seines Kirchenrechts rechtfertigen wohl das günstige Urteil, das Barion über den Stil Sohms fällte. Hier hat Sohm daher auch ein polemisches Meisterstück geliefert. An einer Stelle charakterisiert er die Schrift Friedbergs folgendermaßen: „Der Stil ist der Mensch, und in diesem Stil ist hier ein ganzes Buch geschrieben[1])". Er spricht von Gedankenverschlingungen, aus welchen „dem Leser vor allem nur das eine klar" wird, „daß nämlich Sohm jedenfalls ein ungeheures Verbrechen begangen hat[2])". Mit andern, z. B. mit Jolson, hat Friedberg die Gabe gemein, durch ein hohes Maß von Unlogik zu verwirren und zu gleicher Zeit den Gegner moralisch zu disqualifizieren. Der Leser mißtraut seinem eigenen Verstand und braucht einige Zeit, um das seltsame „Prestige" eines solchen Mannes zu durchschauen. Das hat Sohm offenbar geahnt, aber leider nicht prinzipiell sich zum Bewußtsein gebracht. Er blieb auch hier in bürgerlichen Vorstellungen befangen. Das Ziel seiner Polemik war nicht „Erbitterung", nicht Kampf und Auseinander-Setzung, sondern „gegenseitige Verständigung[3])".

Nunmehr muß in einer kurzen Übersicht noch gezeigt werden, welche Bedeutung der bürgerlichen Gesellschaft für das Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts zukommt.

a) Auf die Rolle, die die Kategorien Individuum und Menschheit in der Rechtslehre der sogenannten geschichtlichen Schule spielen, ist schon früher hingewiesen worden. Mit Recht hat Klöppel von dieser „geschichtlichen" Schule gesagt, daß sie in Wahrheit nur eine „privatrechtlich-geschichtliche Schule" sei (Gesetz und Obrigkeit, S. 21). Das Denken Savignys ist ganz durch Bildung und Besitz bestimmt; er begann mit einer Besitzlehre und wird wegen seiner Volksgeistlehre, die in Wirklichkeit eine Bildungslehre ist, von vielen noch heute als Vorläufer des völkischen Rechtsdenkens angesehen.

b) Über den Zusammenhang des positivistischen Rechtsdenkens mit der bürgerlichen Gesellschaft vgl. Disputation über den Rechtsstaat, S. 22. Neben G. W. F. Hegel, der in seiner Rechtsphilosophie die bürgerliche Gesellschaft und den ihr zugeordneten äußeren Not- und Verstandesstaat als eine der drei Sphären des Reiches der objektiven Sittlichkeit behandelt (3. Teil, 2. Abschnitt, §§ 182 ff.), und sie als die „Differenz" bestimmt, welche zwischen die Familie und den Staat tritt (Zusatz zu § 182, Lasson S. 334), ist als Theoretiker der bürgerlichen Gesellschaft an erster Stelle Lorenz von Stein zu nennen. Die dreigliedrige Struktur der politischen Einheit, wie sie bei Hegel auftritt, ist hier schon durch eine zweigliedrige Konstruktion von Staat und Gesellschaft ersetzt. Der Staat hat bereits Mühe, sich gegenüber dem Ansturm der bürgerlichen Gesellschaft zu behaupten: „Seine Ohnmacht ist die Ohnmacht alles Abstrakten und Idealen, das im einzelnen konkreten Falle der Wirklichkeit gegenübersteht. Der Staat hat keine wirkliche Existenz außer der Gesellschaft" (Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830, S. LXX). Das Recht ist nur eine Umschreibung dieser Sachlage: hier hat der Staat „mit seinem Rechte das geheiligt, was seine Idee verdammt" (S. LXV). Ursprünglich besteht das Recht nur in der „Unverletzlichkeit des Gutes" der einzelnen Persönlichkeit (S. XVIII), aber die Gesellschaft hat die Persönlichkeit schon aufgesogen und die Freiheit zu einer Abstraktion und Idealität gemacht. Die Formel „Bildung und

[1]) S. 96. — [2]) S. 90. — [3]) S. V.

Besitz" geprägt zu haben, ist eins der größten Verdienste Lorenz von Steins. Das gemeinsame Prinzip ist das Interesse (S. LXI). Der „Organismus des Güterlebens" wird zur „Ordnung der menschlichen Gemeinschaft" (S. XXII). Die Abhängigkeit der Klassen beruht auf dem Besitz (S. LV); „Erwerb, Besitz und Abhängigkeit machen die Gemeinschaft zur Gesellschaft" (S. XL). Die „gesellschaftliche Scheidung" der Klassen nach dem Besitz erscheint so zuletzt als „göttliche Ordnung menschlicher Dinge" (S. LIX). Den Übergang zur Bildung macht die Bemerkung, daß der Besitz die „geistigen" ebenso wie die sachlichen Güter betrifft, d. h. die Bildung hat in der geistigen Sphäre eine ähnliche Struktur wie der Besitz in der materiellen. Sie ist auszeichnende Qualität eines Individuums oder einer sozialen Schicht. Sie ist auch funktionell auf Erwerb und Besitz bezogen; sie hat die „notwendige Bestimmung und Richtung, zum Erwerb der materiellen Güter verwandt zu werden" (S. LXXXIV). Die Bildung ist daher kein Korrektiv der Klassenherrschaft, sondern deren Voraussetzung (S. LXXXI, CIV).

c) Nach Windscheid ist die „Persönlichkeit des Menschen die Grundlage aller Rechtsanschauung". Privatrecht und Strafrecht sind diejenigen Rechtsgebiete, von denen „jeder am unmittelbarsten berührt wird"; die Privatrechtsordnung ist zu gleicher Zeit auch das Vorbild einer künftig zu schaffenden völkerrechtlichen Ordnung. Hier wird der welthistorischen Funktion des Christentums gedacht, die darin besteht, ein Völkerrecht ermöglicht zu haben, freilich zunächst noch mit Beschränkung auf die christlichen Völker. Doch, so fährt Windscheid fort, „wurde allmählich auch diese Beschränkung abgestreift, und es reifte eine Anschauung, welche als Rechtssubjekt ein jedes Volk anerkennt, welches an der gemeinschaftlichen Aufgabe, der Erziehung des Menschengeschlechts, an seiner Stelle mitarbeitet" (Ges. Reden, S. 8 ff.). — Der Übergang vom Christentum zur Menschheitsreligion auf dem Gebiete des Völkerrechts ist auch bei Savigny schon zu erkennen, wo es heißt, die Anwendung des Völkerrechts auf nichtchristliche Völker habe „rein sittlichen Charakter, nicht die Natur eines positiven Rechts" (System I, S. 34). In der geschichtlichen Wirklichkeit ist wohl in der Politik der Heiligen Allianz die eigentliche Liquidation des christlichen Völkerrechts zu erblicken. Hier ergab sich infolge der Verknüpfung des Christentums mit der dynastischen Legitimität die Notwendigkeit, auch dem Großtürken den Status quo seines politischen Besitzstandes zu garantieren.

Der „Zweck", den Jhering meint, wenn er sagt, daß der „Zweck der Schöpfer des ganzen Rechts ist", ist konkret ein Gesellschafts- und Menschheitszweck. Individuum und Gesellschaft liefern die Kriterien für die Einteilung der menschlichen Zwecke, „menschliches und gesellschaftliches Leben" werden gleichgesetzt (Zweck im Recht I, S. 58, 88, wo es heißt, daß „schon geographisch" das Gebiet der Gesellschaft mit demjenigen des Staates nicht zusammenfällt). Jhering spricht von der „Heiligkeit und Unantastbarkeit des Rechts als des Palladiums der bürgerlichen Gesellschaft, als der Macht, vor welcher der Träger der höchsten Staatsgewalt sich ebenso zu beugen hat wie der geringste Untertan" (S. 417). Die Gesellschaft organisiert sich im wesentlichen selbst und bedarf nur hier und da „des Staates mit seinem Recht" (S. 89; vgl. ferner S. 331, 422, 504, 511).

Auch bei Bergbohm nimmt das Privatrecht eine beherrschende Stelle ein. Das Ziel seiner Schrift „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" besteht darin, das Naturrecht durch eine Allgemeine Rechtslehre zu ersetzen. Ansätze zu dieser Allgemeinen Rechtslehre sieht er im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen und des Strafrechts (S. 17 ff., 26). Er meint, daß die Zivilisten infolge der verhältnismäßigen Stabilität ihres Objektes „weniger als andere Juristen zu naturrechtlichen Ausschreitungen neigen" (S. 344/45). Das Recht ignoriert die sozialen Unterschiede, d. h. es garantiert den Status quo der wirtschaftlichen Güterverteilung; „Armut und Reichtum sind keine Rechtsbegriffe" (S. 388 Anm. 11).

Zitelmann sucht die „Unvollkommenheit des Völkerrechts" in der gleichnamigen Schrift (1919) von spezifisch zivilistischen Ausgangspunkten her nachzuweisen und nennt als Gründe dieser Unvollkommenheit insbesondere die Dürftigkeit des Inhalts, die geringe Zahl der allgemeinen Sätze, die Belanglosigkeit der durch Normen geregelten Rechtsverhältnisse, die Unsicherheit, die Klauseln und Vorbehalte, die Gefahr des Rechtsmißbrauchs, den Krieg, die Unerzwingbarkeit der Gebote und Verbote, das Hineinspielen ethischer und politischer Gesichtspunkte. Dagegen hatte er in einer früheren Schrift die „Möglichkeit eines Weltrechts" (1916) noch bejaht.

d) Nach G. Jellinek ist die Bejahung der Gesellschaft „der Vordersatz eines ethischen Gebotes" (Die sozialeth. Bedeutung, S. 21). Er gelangt von hier aus zu dem „kategorischen Imperativ": „Handle so, daß deine Handlungsweise die Gesellschaft erhält und fördert" (S. 22). Individuum und Gesellschaft sind die „Pole" dieser Rechtslehre (S. 32).

Das Staatsrecht Labands ist ganz vom Zivilrecht abhängig: „Unter der Verurteilung der zivilistischen Methode versteckt sich oft die Abneigung gegen die juristische Behandlung des Staatsrechts, und indem man die Privatrechtsbegriffe vermeiden will, verstößt man die Rechtsbegriffe überhaupt, um sie durch philosophische und politische Betrachtungen zu ersetzen" (Staatsrecht I, S. VII). Der Gegenspieler Labands, Gierke, hat bezeichnenderweise in diesem Punkte die gleiche Auffassung vertreten und nennt das Zivilrecht die „ältere Schwester" des Staatsrechts (Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. Recht 6, S. 225). Die Zuordnung der Allgemeinbegriffe zur Menschheit kommt in folgender Formulierung zum Ausdruck: „Lebendige und wertvolle Allgemeinbegriffe kann die vergleichende Analyse der konkreten Phänomene nur liefern, wenn sie unter dem Gesichtspunkte universeller menschheitlicher Ideen, die darin zur Erscheinung gelangen, vollzogen wird" (Schmollers Jahrb. 7, S. 1118). Im „Ideal", der „sauberen Trennung von Recht und Politik", stimmt Gierke mit Laband völlig überein (a. a. O., S. 1105). Die ganze Auseinandersetzung ist ein Scheingefecht. — Den Gegensatz von Naturrecht und positivem Recht führt Gierke auf den Gegensatz von Staat und Gesellschaft zurück (Naturrecht und Deutsches Recht, S. 13). Die weitere Behauptung, daß die Lehre von den angeborenen Menschenrechten, also diejenige unter allen Naturrechtslehren, die am meisten „gezündet" hatte, christlich-germanischer Herkunft sei, führt dann geradeswegs zum christlich-germanischen Rechtsstaat: „Noch glauben wir an die Aufgabe der Kulturvölker und vor allem der germanischen Welt, die Rechtsidee auch auf dem Gebiete des öffentlichen Lebens voll und ganz zu verwirklichen und so dem Ziele des Rechtsstaates näher und näher zu kommen" (Schmollers Jahrb. 7, S. 1101). Man sieht deutlich, daß die Rechtsidee nur die Fortsetzung des gesellschaftlich-menschheitlichen, zugleich aber angeblich auch christlich-germanischen Naturrechts ist, und daß der Unterschied nur die Methode, nicht aber die Axiome betrifft, wie Bergbohm, der übrigens die Konstruktion Gierkes mit einem Fragezeichen versah, richtig erkannte (Jurisprudenz, S. 216 Anm. 4).

Nach Kelsen gibt es ein Staatsrecht nur unter der Voraussetzung, daß es einen „Rechtsstaat" gibt (Arch. öff. R. 31, S. 61; ebenso Schönfeld, Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, S. 59).

II. Die Logik der positivistischen Rechtslehre

Der Nachweis, daß die bürgerliche Gesellschaft der maßgebende und bestimmende Beziehungspunkt der Rechtslehre Sohms ist, enthält eine prinzipielle

Widerlegung der Rechtslehre Sohms. Die Herrschaft der bürgerlichen Gesellschaft gehört der Vergangenheit an. Die bürgerliche Gesellschaft existiert nicht mehr, und wo sie noch existiert, da hat sie sich bereits überlebt und ihre Daseinsberechtigung verloren. Zu gleicher Zeit müssen auch alle ihre Formeln und Begriffe ihren Sinn und ihre Vitalität verlieren.

Bevor in einem Schlußkapitel diese Erkenntnis für eine Beurteilung der Fundamentalthese Sohms fruchtbar gemacht wird, ist noch die Darlegung erforderlich, daß die Beseitigung der Formeln und Begriffe der bürgerlichen Gesellschaft für die juristische Betrachtung nicht auf einem bloßen Zufall beruht, der durch einen andern Zufall womöglich wieder aufgehoben werden könnte. Es muß gezeigt werden, daß der Untergang des rechtswissenschaftlichen Positivismus eine innere Logik enthält. Die politische Situation, der die positivistische Rechtslehre entstammt, ist nicht nur tatsächlich entfallen. Diese Rechtslehre ist vielmehr in sich selbst widerspruchsvoll und unhaltbar. Ihre Logik führt zum Untergang. Die Verlegenheiten und Ausweglosigkeiten des positivistischen Rechtsdenkens müssen sichtbar werden. Darin liegt der rechtliche Vollzug der politischen Entscheidung gegen die bürgerliche Gesellschaft.

1. Der Rechtsbegriff des Rechts

Der Rechtsbegriff des Rechts ist eine tautologische Formel, die eine substantielle Definition des Rechts nicht nur nicht enthält, sondern sogar unmöglich macht. Jede Definition fragt nach genus proximum und differentia specifica. Der Rechtsbegriff des Rechts hat aber seiner logischen Struktur nach weder ein genus noch eine differentia. Seine Bedeutung besteht ja gerade darin, daß das Recht aus jedem Zusammenhang mit einer übergeordneten Gattung gelöst werden soll. Der Rechtsbegriff des Rechts ist seine eigene Gattung und kommt deshalb niemals zu einer konkreten species, d. h. zu sichtbarer Form und Wirklichkeit. Er gehört zu jener Klasse von Allgemeinbegriffen, die infolge ihrer logischen Struktur dazu verurteilt sind, ewig Allgemeinbegriffe zu bleiben und der spezifischen Bestimmtheit zu entbehren. Er schließt sich gegen die Wirklichkeit ab, und daher bleibt umgekehrt auch ihm der Zugang zur Wirklichkeit versperrt. Der Rechtsbegriff des Rechts erfaßt nur noch „rechtliche" Gegenstände, d. h. er erfaßt nur noch sich selbst in einem tautologischen Zirkel. Staat und Kirche, Familie und Stand werden nur noch juristisch, d. h. überhaupt nicht mehr begriffen. Die Reine Rechtslehre kennt überhaupt nichts Seiendes und Wirkliches mehr. Sie kennt nicht einmal mehr „natürliche" Personen, sondern nur noch „juristische" Personen[1]). Sie ist „rein" auf sich selbst bezogen und verharrt in ununterbrochener Reflexion über sich selbst. An dieser Reflexion hat sie das Prinzip ihrer Existenz, die somit der sachlichen Bedeutung entbehrt.

[1]) Kelsen, Hauptprobleme, S. XVIII.

Sohm widerspricht seinem eigenen Rechtsbegriff, wenn er gelegentlich versucht, einen Gattungsbegriff für das Recht, etwa im Begriff des ethischen Gesetzes, zu finden. Ein Rechtsbegriff des Rechts, der unter irgendeinen andern als einen rein rechtlichen Oberbegriff fällt, ist selbst kein reiner Rechtsbegriff mehr. Hier kommen nur zwei Möglichkeiten in Betracht, zwischen denen man wählen muß.

Die erste Möglichkeit besteht darin, den Gattungsbegriff rein rechtlich aufzufassen. Diese Möglichkeit ist jedoch offensichtlich ausgeschlossen. Will man nämlich den Gattungsbegriff rein rechtlich bestimmen, so enthält er ein Moment, das der species, dem Recht im Rechtssinn, zukommt. Das Recht ist species und nicht genus. Faßt man den Gattungsbegriff etwa als ethisches Gesetz, so verbietet es sich aus logischen Gründen, das ethische Gesetz wiederum juristisch aufzufassen. Die species kann nicht bereits im genus erscheinen. Das hieße das Verhältnis von genus und species auf den Kopf stellen. Dann ist es besser, auf genus und species überhaupt zu verzichten.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, daß das genus nichts rein Rechtliches ist. Dann aber kann auch die species nichts rein Rechtliches sein. Ist das Recht die species eines nicht rein rechtlich bestimmten genus, so kann es selbst nichts rein Rechtliches sein. Denn daß das genus in der species enthalten sein muß, steht ebenso unumstößlich fest, wie umgekehrt, daß die species nicht bereits im genus auftreten darf. Das Recht muß mithin, falls es überhaupt mit Hilfe von genus und species definiert werden soll, ein Element enthalten, das sich der rein rechtlichen Auffassung entzieht. Es ist logisch unzulässig, von spezifischer Differenz zu reden, wo das genus fehlt. Diesen Versuch macht man aber, wenn man am Rechtsbegriff des Rechts festhält, und das spezifisch Rechtliche gerade in der Unabhängigkeit von einer höheren Gattung sieht. Es gibt keine species, deren Wesen darin bestünde, vom genus unabhängig zu sein.

Sohm muß daher entweder den Rechtsbegriff des Rechts fallen lassen oder darauf verzichten, zu einem Rechtsbegriff zu gelangen. So seltsam es klingt: Der Rechtsbegriff des Rechts ist die Auflösung des Rechtsbegriffs. Das Recht im Rechtssinn kann nicht mehr definiert und nicht mehr abgegrenzt werden. Es ist völlig substanzlos und leer.

Abgesehen von dieser prinzipiellen Unmöglichkeit, zu einer Definition des Rechts im Rechtssinn zu gelangen, kann insbesondere der Gattungsbegriff nicht im ethischen Gesetz erblickt werden. Das ethische Gesetz soll nach Sohm den gemeinsamen Gattungsbegriff bilden, unter dem Rechtsgesetz und Sittengesetz zusammengefaßt werden. Diese Abgrenzung erweckt schon deshalb von vornherein nur wenig Vertrauen, weil sie den konkreten Sprachsinn gegen sich hat, der zwischen Sittlichkeit und Ethik nicht unterscheidet.

Ein Gegenbeispiel ist hier die Unterscheidung von Sittlichkeit und Moralität, die Hegel in seiner Rechtsphilosophie durchgeführt hat. Diese Unterscheidung

enthält für die Situation des 19. Jahrhunderts eine echte Erkenntnis. Sie ist die Antwort auf die polemische Zerreißung von Legalität und Moralität in der kantischen Philosophie. Bei Hegel sind abstraktes Recht, Moralität und Sittlichkeit „Stufen der Entwicklung der Idee des an und für sich freien Willens[1])". Abstraktes Recht und Moralität sind nicht selbständig für sich existierende Realitäten: „Unser Fortgang ist der, daß die abstrakten Formen sich nicht als für sich bestehend, sondern als unwahre aufweisen"; „die Moralität, wie das frühere Moment des formellen Rechts, sind beide Abstraktionen, deren Wahrheit erst die Sittlichkeit ist[2])". Die Sittlichkeit ist ihrem konkreten Inhalt nach bestimmt durch die „an und für sich seienden Gesetze und Einrichtungen" nämlich die konkreten Ordnungen Familie, Korporation, Stand und Staat[3]). „Die Sittlichkeit ist daher den Völkern als die ewige Gerechtigkeit, als an und für sich seiende Götter vorgestellt worden, gegen die das eitle Treiben der Individuen nur ein anwogendes Spiel bleibt[4])".

Bei Sohm ist gerade dieses eitle Treiben des Individuums bemerkbar, und zwar nicht bloß in seiner terminologischen Willkür. In der Sache hat er die kantische Unterscheidung trotz des gemeinsamen Gattungsbegriffs aufrechterhalten. Das ethische Gesetz betrifft nach ihm die Vollkommenheit des menschlichen Willens, die Kongruenz des menschlichen Willens mit dem göttlichen. Das Sittengesetz hat diese Kongruenz zum unmittelbaren Gegenstand; es betrifft das Verhältnis des Menschen zu Gott. Dieses Verhältnis ist kein Rechtsverhältnis; das Rechtsgesetz ist nur mittelbar auf die Kongruenz mit dem göttlichen Willen bezogen, indem es die Voraussetzungen der Geltung des Sittengesetzes schafft und garantiert. Der bloßen Modalität der Unmittelbarkeit bzw. Mittelbarkeit ist hier spezifizierende Bedeutung beigelegt. Zugleich wird das Rechtsgesetz als selbständige Sphäre für sich gesetzt und isoliert; es ist seinem Inhalt nach nicht vom Sittengesetz her bestimmt, obwohl es dessen Voraussetzung gewährleisten soll. Darin liegt aber ein Widerspruch. Nur dann kann das Rechtsgesetz die Voraussetzung für die Geltung des Sittengesetzes bilden, wenn es in seinem Inhalt darauf Bezug nimmt. Vom Gattungsbegriff des ethischen Gesetzes aber ist das Rechtsgesetz völlig unabhängig, weil der Gattungsbegriff keinen konkreten Inhalt hat, sondern lediglich „formale" Bedeutung besitzt. Nur deshalb können die Artbegriffe inhaltlich einander entgegengesetzt werden. Ein nur „formaler" Begriff ermöglicht keine Spezifizierung in konkreten Artbegriffen.

Sohm gibt sogar selbst zu, daß seine Distinktionen auf einer Äquivokation beruhen. Er sagt nämlich, daß nur das Rechtsgesetz im eigentlichen Sinne „Gesetz" ist. Das Sittengesetz ist in vollem Gegensatz dazu gerade kein Gesetz, sondern die Befreiung vom Gesetz[5]). Das zeigt die Problematik des Gattungsbegriffes, des ethischen „Gesetzes", noch deutlicher. Vor allem beruht Sohms Kirchenrecht auf der

[1]) Rechtsphil., § 33, Lasson, S. 45. — [2]) Zusätze zu §§ 32, 33, Lasson, S. 295. — [3]) § 144, Lasson, S. 133. [4]) Zusatz zu § 145, Lasson, S. 326. — [5]) Kirchenr. II, S. 49, 53.

Einsicht, daß die Kirche dem „Gesetz" nicht unterworfen ist, sondern an der sachlichen Wahrheit, der Entscheidung des Einzelfalles, hängt.

Zu gleicher Zeit wird klar, daß eine Neutralität des Rechts gegenüber der Sittlichkeit nicht in Betracht kommt. Selbst der „Rechtsbegriff des Rechts" soll noch dem ethischen Gesetz untergeordnet und an eine „Ethik" gebunden werden. Sittlichkeit und ebenso Weltanschauung und Politik sind nun Dinge, über die sich streiten läßt. Dasselbe gilt für das Recht, wenn in den Rechtsbegriff sittliche, weltanschauliche und politische Vorstellungen aufgenommen werden. Der Rechtsbegriff des Rechts bietet aber nur scheinbar einen Ausweg aus dieser Lage. In Wirklichkeit ist die Flucht in eine unpolitische, rein rechtliche Neutralität nicht möglich. Das Recht fordert konkrete Entscheidungen. Diese Entscheidungen aber haben nicht nur überall sittliche, weltanschauliche und politische Fragen zum Gegenstand, sondern vor allem sind Sittlichkeit, Weltanschauung und Politik die Grundlage der rechtlichen Entscheidung. Nach beiden Seiten transzendiert das Recht den Rechtsbegriff des Rechts.

Diese Tatsache haben uns die sogenannten Generalklauseln, die unbestimmten und Ermessensbegriffe, die „wertausfüllungsbedürftigen" Begriffe wieder ins Gedächtnis zurückgerufen[1]). Man braucht dabei in den Generalklauseln und Wertbegriffen nicht das „letzte Wort" des rechtswissenschaftlichen Denkens zu erblicken. Sie haben aber das Verdienst, die Auflösung des positivistischen Rechtsbegriffs deutlich sichtbar zu machen[2]).

Auch für den Positivismus mußte sich fühlbar machen, daß die Zerreißung und Trennung von Recht und Sittlichkeit zu einer schwierigen und unerträglichen Situation führt. Der Rechtsbegriff wurde durch diese Trennung nicht klarer, er gewann nicht an Evidenz, sondern wurde nur durch eine unlösbare Problematik belastet[3]). Was aber der Positivismus nicht erkannte, war der Umstand, daß alle Schwierigkeiten und Kalamitäten, in die man gerät, wenn für konkretes Handeln und Dasein entschieden werden soll, gerade der Trennung des Rechts im Rechtssinn von der konkreten Sittlichkeit zur Last zu legen sind. Man übersah die in Hegels Ausspruch enthaltene Wahrheit: „Was der Mensch tun müsse, ist in einem sittlichen Gemeinwesen leicht zu sagen[4])". Der Positivismus ermöglicht gerade, weil er streng rechtlich vorgehen will, keine konkrete Entscheidung mehr. Die Ausschaltung des sittlichen Elementes aus dem Rechtsbegriff bedeutet den Verzicht auf die konkrete Entscheidung überhaupt. Sich der Entscheidung nur deshalb zu enthalten, weil von andern sittlichen, weltanschaulichen und politischen Ausgangspunkten her anders

[1]) Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 43; Fr. Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft, S. 11. [2]) J. W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln (1933), sieht, daß nicht, wie Sohm glaubte, jeder Paragraph des Bürgerlichen Gesetzbuches erwogen wird, sondern nur wenige königliche Paragraphen (S. 6). Er führt das auf die Unzulänglichkeit des „Studentenmaterials" zurück, nennt aber selbst die Gerechtigkeit „fast schon metajuristisch" (S. 65). — [3]) Vgl. Bergbohm (Jurisprudenz, S. 100): „Die Sektiererei ist bis zu dem Punkte gediehen, wo fast jeder einzelne eine Sekte für sich bildet"; ähnlich Windscheid, Ges. Reden, S. 4; Gierke, Naturrecht, S. 4. — [4]) Rechtsphil., § 150, Lasson, S. 136.

entschieden werden könnte, und sich deshalb in die reine Neutralität zu flüchten, ist nicht nur unsittlich, sondern das Ende der Rechtspraxis und Rechtslehre überhaupt. Das heißt „andere Auffassungen schonen, eben weil sie bestehen" und damit den Andersdenkenden „zum bestimmenden Beziehungspunkt des öffentlichen Lebens" machen[1]).

Aus der reinen Technizität läßt sich eine rechtliche Entscheidung nicht ableiten. Logisch betrachtet ist es ein Zirkel, das Recht von der Rechtsverwirklichung, von Realisierbarkeit und Praktikabilität her zu definieren[2]). Die konkrete Rechtswirklichkeit wird damit in einen leeren Funktionalismus aufgelöst. Es liegt aber schon im Begriff der Technik selbst, daß sie ihren Sinn nicht ausschließlich in einem präzisen und reibungslosen Funktionieren finden kann. Technizität, Realisierbarkeit und Praktikabilität können für sich allein weder eine Rechtspraxis noch eine Rechtslehre tragen. Sie enthalten kein Entscheidungs- und Ordnungsprinzip, sondern setzen ein solches voraus. Wenn Sohm bemerkt, daß das Recht seine Begriffe zum Zweck des eigenen Gebrauchs formuliert, so bleibt dabei ganz unklar, worin dieser dem Recht spezifische Gebrauch bestehen soll. Diese Frage ließe sich ohne Tautologie auch nicht durch den Hinweis auf eine das Wesen des Rechts ausmachende Technizität beantworten. Im übrigen ist es nur folgerichtig, wenn dem Positivismus selbst die Frage nach der juristischen Methode dunkel bleibt, obwohl er sich immer nur mit dieser einzigen Frage befaßt.

Der Sinn des „wissenschaftlichen" Rechts wird ersichtlich aus der Gegenüberstellung mit einer Bemerkung Hegels in seiner Rechtsphilosophie. Hegel sagt: „Der Juristenstand, der die besondere Kenntnis der Gesetze hat, hält dies oft für sein Monopol, und wer nicht vom Metier ist, soll nicht mitsprechen . . . Aber so wenig jemand Schuhmacher zu sein braucht, um zu wissen, ob ihm die Schuhe passen, ebensowenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenstände, die von allgemeinem Interesse sind, Kenntnis zu haben[3])". Der Positivismus hat gegen diese Äußerung protestiert und insbesondere den Vergleich mit dem Schuster und den Schuhen beanstandet[4]). Das ist vom Standpunkt des wissenschaftlichen Rechts durchaus folgerichtig. Für diese Auffassung besteht der Sinn der Rechtspraxis überhaupt nicht in ihrer Sachgemäßheit und Angemessenheit, sondern in ihrer Wissenschaftlichkeit.

Doch muß die Konstruktion des wissenschaftlichen Rechts abgelehnt werden. Das Urbild jener Wissenschaftlichkeit ist die Mathematik. Der Vergleich mit der Mathematik ist aber für die Jurisprudenz widersinnig. Der Gegenstand der Mathematik ist abstrakt. Da die Mathematik sich in Abstraktionen bewegt, ist sie unfehlbar und kann nicht lügen. Die Jurisprudenz dagegen hat es nicht mit einem

---

[1]) Dagegen vgl. Carl Schmitt, Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches, S. 44.
[2]) So Jhering, Geist I, S. 48. — [3]) Rechtsphil., Zusatz zu § 215, Lasson, S. 341 f.
[4]) Jhering, Geist II, 2, S. 314 Anm. 472; Bergbohm, Jurisprudenz, S. 10 Anm.

abstrakten Gegenstand zu tun. Für sie besteht daher die Lüge bereits in der Abstraktion, und dann hat auch die positivistische „Logik" nur die Folge, daß aus der ersten Lüge mit Notwendigkeit weitere Lügen entstehen.

Ferner ist die Jurisprudenz, wie schon der Name sagt, keine Wissenschaft, sondern eine Praxis, ein Handwerk, eine Kunst. Wie jedes Handwerk und jede Kunst, ist sie nicht rational, sondern traditional bestimmt und, im Gegensatz zur Mathematik, an das konkrete Leben und die unmittelbare Erfahrung gebunden. Der Positivismus zeigt, indem er den Vergleich mit dem Schuster und den Schuhen ablehnt, daß sein Niveau unter demjenigen eines redlichen Handwerks liegt. Hegels Vergleich aber ist in jeder Beziehung ein wahrhaft philosophischer Vergleich. Er lehrt, daß der Sinn der Rechtspraxis die existenzielle Bindung an das Volk und an eine politische Gesamtordnung voraussetzt. Der Positivist dagegen hat für den Laien nichts als Spott übrig[1]). Die Entscheidungslosigkeit des „wissenschaftlichen" Rechts ist aber die Rache der realen Naturordnung für diese Anmaßung und Überheblichkeit.

Die positivistische „Wissenschaft" ist keiner sittlichen, weltanschaulichen und politischen und damit im Ergebnis auch keiner rechtlichen Entscheidung mehr gewachsen. Der Zusammenhang mit dem Volk ist verlorengegangen, und eine Gesamtordnung, die ein Entscheidungsprinzip liefern könnte, nicht mehr vorhanden. Wenn der Akklamation des Volkes nicht mehr nachgefragt wird, entfällt der Sinn der Rechtspraxis. Zu gleicher Zeit geht die „Wissenschaftlichkeit" in einer Fülle von Mystizismen unter, deren wichtigsten und verhängnisvollsten vielleicht die Lehre von der juristischen Staatsperson enthält[2]). Auch dieser Vorgang besitzt eine innere Logik. Die angebliche Rechtswissenschaft gehört in Wirklichkeit in die Metaphysik und Theologie. Für die Rechtswissenschaft bleibt weder nach der theoretischen noch nach der praktischen Seite ein Spielraum ihrer Betätigung. In der Ablehnung der „Metaphysik" und „Mystik" liegt ein falscher Metaphysizismus und eine Mystifikation. Die Wissenschaft wird der schlechtesten Pseudo- und Kryptotheologie, nämlich der Reinen Rechtslehre, in die Arme getrieben. Hier endet die Volksgeistlehre und das wissenschaftliche Recht Savignys. Heute sehen wir, daß diese Konstruktionen weder mit Volk noch mit Geist noch mit Wissenschaft etwas zu tun haben. Für den Positivisten ist es „unwissenschaftlich", alle „anders fühlenden Mitmenschen" zu „brandmarken"; dagegen „wissenschaftlich", sich über den Laien und das populäre Bewußtsein lustig zu machen. Hier endet auch die positivistische „Logik".

Dem „Rechtsbegriff des Rechts" und seinen einzelnen Merkmalen haben im 19. Jahrhundert außer Hegel auch einige bedeutende Juristen widersprochen.

[1]) Bergbohm, Jurisprudenz, S. 234: „Dem populären Bewußtsein wird man ein Naturrecht nicht ausreden"; es ist nicht möglich, „allen Laien den beharrlich nachwachsenden Naturrechtszopf abzuschneiden" (S. 359).
[2]) Sie hat daher heute die vernichtende Kritik durch R. Höhn hinnehmen müssen, vgl. Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson (1935); Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft (1935).

An erster Stelle ist hier v. Kirchmann mit seiner Rede über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft zu nennen. Diese Rede verdient, immer wieder genannt zu werden. Sie ist eine der größten Reden, die je in deutscher Sprache gehalten worden sind; der meisterhafte Stil ist nur der wesensgemäße Ausdruck ihrer sachlichen Bedeutung. Sie hatte auch zu ihrer Zeit eine außerordentliche Wirkung geübt, und es bedurfte der ganzen Sophistik eines Stahl-Jolson, um diese Wirkung wieder zunichte zu machen. In seiner kurzen Rede, die heute noch nichts von ihrer ursprünglichen Frische verloren hat und sich liest wie am ersten Tag, hat v. Kirchmann alles gesagt, was über das wissenschaftliche Recht zu sagen ist. Das bekannte Buch von Th. Sternberg ist als Würdigung dieser Tatsache unzulänglich. Hier wird v. Kirchmann vorgeworfen, er habe „nicht einmal die beiden großen rechtsphilosophischen Werke Jherings gelesen", als ob das so besonders wichtig wäre (J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft, S. 21) Dagegen wird Jolson volle Gerechtigkeit: er „erfaßte die Sache mit klassisch überlegener Ruhe; ein Meisterwerk, eine wahre Widerlegung — soweit Kirchmann widerlegbar ist" (S. 12).

v. Kirchmann erkannte sofort, daß Savignys Ablehnung der Gesetzgebung in einer Halbheit steckenblieb. Denn Savigny glaubte prinzipiell an die Möglichkeit einer Kodifikation, und vor allem muß, was er gegen die Gesetzgebung vorbringt, auch gegen die Wissenschaft gelten (S. 16). „Keine Zeit hat den Beruf zur Gesetzgebung in diesem Sinne"; „keine positive Gesetzgebung, und präparierte man sich tausend Jahre dazu, wird die aufgezeigten Übel vermeiden", nämlich vor allem Loslösung vom natürlichen Recht, mangelhafte Ausdrucksweise, Starre, Abstraktheit, Willkür, Technizität; die instrumentale Neutralität der Technik, die jedem Herrn dient, nennt er „die willenlose, allzeit bereite Waffe". Die Wisssenschaft kommt immer zu spät (S. 14), „gerät mit sich selbst in Widerspruch", „will ihren Gegenstand begreifen und zerdrückt ihn" (S. 23/24); „die Gegenwart hat sie niemals verstanden" (S. 30). Alle Gemeinplätze des Positivismus werden durchschaut. Justinian, der „unwissenschaftliche Gesetzgeber", steht höher als die klassischen Juristen (S. 30), und dasselbe gilt für Friedrich, der seinem Volk ein Landrecht gab (ganz ähnlich äußerte sich Hegel), S. 25/26. Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung ist vorbildlich: „Das freie Ermessen eines redlichen, in der Billigkeit sich haltenden Richters ist ihr Prinzip, nicht die bis in die feinsten Abstraktionen und Berechnungen getriebene Regel der Wissenschaft". Kirchmann sieht den Zusammenhang des Rechts mit dem Volk: „Ein Volk muß wissen, was das Recht im einzelnen Falle fordert, und es muß mit Liebe seinem Recht ergeben sein" (S. 23). Was keinem Anhänger der geschichtlichen Schule zu denken gab, machte v. Kirchmann geltend: „Ganze Nationen haben gelebt und sind groß geworden ohne gelehrte Juristen, ohne jene künstlichen Gebäude positiver Gesetze, namentlich für das Privatrecht" (S. 28). „Dies eben ist das Klägliche der Jurisprudenz, daß sie die Politik von sich aussondert, daß sie damit sich selbst für unfähig erklärt, den Stoff, den Gang der neuen Bildungen zu beherrschen oder auch nur zu leiten" (S. 31).

Auch auf die Bedeutung der Rechtslehre Leists ist schon hingewiesen worden. Von Leist und Oskar Bülow, der Savigny und seiner Schule eine „weltbürgerliche, politisch unreife Weltanschauung" vorwirft (Über die historische Rechtswissenschaft, S. 95), ist P. Klöppel beeinflußt. Er macht schon in seiner Schrift über die „Einrede der Rechtskraft" darauf aufmerksam, daß es noch niemals gelungen sei, „eine reale Grenze aufzuzeigen, an welcher das menschliche Verhalten aufhört, bloß der sittlichen Beurteilung zu unterstehen, und unter die rechtliche Beurteilung zu fallen anfängt". Er führt als Beispiel an, daß die innere Willensbestimmung, einem Bettler kein Almosen zu geben, an und für sich verwerflich ist daß sie aber die eigentliche Probe auf die Unsittlichkeit erst bestanden hat, wenn es

nicht bei dieser inneren Willensbestimmung bleibt (S. 78/79). Dieser Fall ist ein klassischer Fall der bürgerlichen Trennung von Recht und Moral; diese beruht auf einer idealistischen Innen-Außen-Dialektik, die innere Gesinnung und äußeres Verhalten abstrakt unterscheidet und zerreißt. Übrigens hatte schon Bergbohm den Historikern vorgeworfen, daß sie keinen geeigneten Gesichtspunkt für die Unterscheidung von Recht und Sittengesetz liefern (Jurisprudenz, S. 489 Anm. 14). — Für Klöppel ist die „Volksanschauung", „sei es die schlichte oder die wissenschaftlich gebildete, die einzige Quelle des Rechts" (Staat und Gesellschaft, S. 225). Das Volk ist aber nicht „eine beliebige Menge von freien und gleichen Menschen", sondern „eine durch Abstammung und Gesittung verbundene Gemeinschaft" (S. 192). Auch der rationalistische Begriff des wissenschaftlichen Rechts wird bekämpft und die Besonderheit der Stoa darin erblickt, daß sie das Recht „nicht mehr auf altgeheiligte Überlieferung" zurückführen will (Gesetz und Obrigkeit, S. 42). So erklärt sich auch die Warnung an das deutsche Gelehrtentum, dieses soll „die Selbsteinkehr halten, sich zu sagen, daß derjenige, der seine gesellschaftliche Stellung — mag sie auch durch noch so hohe Leistungen verdient sein — nur dem Staate verdankt, als solcher nicht den Beruf hat, von einer unabhängigen Stelle aus den Staat zu meistern" (Staat und Gesellschaft, S. 197).

2. Die imperativische Zwangsnorm

Nach dem Rechtsbegriff des Rechts bedarf nunmehr auch die imperativische Zwangsnorm der Kritik.

a) Der Begriff der imperativischen Norm enthält einen Selbstwiderspruch. Das positivistische Rechtsdenken beruht auf der Voraussetzung, daß das Recht ausschließlich in Normen, Regeln und Sätzen besteht. Das führt zwangsläufig zur Vorstellung einer Herrschaft der Normen, Regeln und Sätze, die die Rechtsordnung ausmachen. Die Normen, Regeln und Sätze der Rechtsordnung müssen jedoch, wenn mit der Vorstellung einer Herrschaft wirklich Ernst gemacht werden soll, zu gleicher Zeit Imperative sein. Andernfalls käme man zu einer Herrschaft nicht von Normen, Regeln und Sätzen, sondern von konkreten Personen und Instanzen. Der Selbstwiderspruch des Begriffs der imperativischen Norm liegt nun darin, daß sich die beiden Begriffsmerkmale der Allgemeinheit und Vorbestimmtheit gegenseitig ausschließen. Es liegt ein Widerspruch darin, daß die imperativische Rechtsnorm einerseits allgemein, d. h. unbestimmt, und anderseits vorbestimmt, d. h. aber bestimmt sein soll. Auch ist es widersinnig, die einzige und alleinige Grundlage einer konkreten Fallentscheidung in einem System von Normen zu erblicken, deren Sinn gerade darin besteht, nicht auf den konkreten Fall abgestellt zu sein. Es ist widersinnig, daß eine Norm nur insofern auf den konkreten Fall abgestellt ist, als sie nicht darauf abgestellt ist. In Wirklichkeit kann eine Norm niemals zugleich Imperativ sein. Hier widerlegt sich die positivistische Rechtslehre durch ihre eigenen Prätensionen. Das Ziel des positivistischen Rechtsdenkens ist die abstrakt-generelle Vorwegnahme der persönlichen Entscheidung einer konkreten Instanz. Die abstrakt-generelle Norm führt aber gerade nicht zu einer konkreten Entscheidung.

Jede konkrete Fallentscheidung bedarf zu ihrer Rechtfertigung eines Entscheidungsprinzips. Ein System von Normen, Regeln und Sätzen liefert ein solches Entscheidungsprinzip nicht. Wer das Recht sich in Normen, Regeln und Sätzen erschöpfen läßt, muß innerhalb der Masse seiner Normen, Regeln und Sätze eine Einheit herstellen. Die große Zahl der Normen, Regeln und Sätze, mit denen die Rechtsanwendung praktisch zu arbeiten hat, kann nicht unverbunden und zusammenhanglos nebeneinandergestellt werden, sondern muß zu einer Totalität zusammengefügt werden. Eine Einheit und Totalität ist in einem Normensystem nur als Über- und Unterordnung von Normen denkbar. Die Normen müssen eine Hierarchie bilden und auf eine einheitliche Grundnorm zurückgeführt werden. Diese Grundnorm ist die oberste und höchste Norm, die Norm der Normen. Eine Norm ist aber, konsequent normativistisch gedacht, die oberste und höchste auf Grund der größten Abstraktheit und Generalität. Nun aber stehen Inhalt und Umfang einer Norm logischerweise in umgekehrtem Verhältnis zu einander. Die Norm der Normen ist daher ihrer Natur nach nicht mehr subsumierbar, weil sie keinen konkreten Inhalt mehr besitzt. Daher kann ein normativistisches Rechtssystem ein konkretes Prinzip der Fallentscheidung nicht enthalten. Wenn aber die oberste und höchste Norm nicht mehr subsumierbar ist, so fällt die Hierarchie der Normen in sich selbst zusammen. Die Normen, Regeln und Sätze können nicht zu einer normativen Einheit zusammengefaßt werden. Das ist wohl auch die Meinung Sohms, wenn er sagt, daß sich die Rechtsordnung in mehr oder minder allgemein lautenden Sätzen bewegt. Das Normensystem fällt auseinander, wenn die Allgemeinheit zum Prinzip gemacht wird. Die Formel „Mehr oder Minder" zeigt den Selbstwiderspruch des normativistischen Positivismus. Er besitzt kein echtes Prinzip mehr.

Ein System von Normen, Regeln und Sätzen ist noch nicht Recht. Normen, Regeln und Sätze haben nur dann Bedeutung und Sinn, wenn sie ausdrücklich oder einschlußweise auf eine konkret seinsmäßige Ordnung verweisen.

Der Ausdruck „Norm" bedeutet dem ursprünglichen Wortsinn nach soviel wie Maßstab, Winkelmaß, Richtschnur. Keineswegs aber ergibt sich aus dem ursprünglichen Begriff, daß die Norm notwendig etwas für sich Bestehendes, Festes, ohne Rücksicht auf die konkrete Sachlage Geltendes sein müßte. Dafür kann man sich nicht auf den Begriff der Norm berufen; sondern darin liegt nur die Besonderheit der normativistischen Norm. Ferner kann das Prinzip einer Regel nicht in der Regel selbst liegen. Die Regel muß sich vielmehr aus der realen Naturordnung ergeben und hat ihr gegenüber nur sekundäre Bedeutung. Die Regel kann nicht aus sich selbst erklärt werden, so wenig wie sie die echte Ausnahme erklären kann[1]). DieAusnahme aber selbst wieder zur Regel zu machen, hieße auf jede Erklärung verzichten und die Begriffe von Regel und Ausnahme auflösen. Endlich ist auch klar, daß ein Satz kein selbständiges und unabhängiges Dasein hat.

[1]) Carl Schmitt, Politische Theologie, S. 22.

Insbesondere sind die Sätze der Rechtsordnung nicht selbständig, sondern abhängig, nicht erschöpfend, sondern nur abgrenzend, nicht explizit, sondern nur implizit[1]). In jedem Satz ist das Satzsubjekt immer als eine Größe vorausgesetzt, die im Prädikat nicht vollständig aufgeht. Eine völlige Identität von Subjekt und Prädikat wäre nur in einer Tautologie denkbar. Das Subjekt verweist immer auf eine konkrete Ordnung. Davon abgesehen, ist jeder Satz unbestimmt und leer. Er wird auch dann nicht bestimmt, wenn man auf den andern Satz verweist. Durch Häufung und Summierung von Sätzen lassen sich die Konsequenzen nicht aus der Welt schaffen, die sich aus der logischen Struktur jedes Satzes ergeben. Damit kommt man nur zu einer Wiederholung der Fragestellung.

Als ein konkretes Beispiel sei ein Satz des Strafrechts angeführt, nämlich § 242 des Strafgesetzbuches. Dieser Satz ist kein „fester" und für sich bestehender Satz. Der Begriff des Diebstahls ist ein Bestandteil dieses Rechtssatzes, und zwar ist er der sogenannte Tatbestand, zum Unterschied von der sogenannten Rechtsfolge. Zum Begriff des Diebstahls gehört neben andern Merkmalen eine „fremde" Sache als Gegenstand der Diebstahlshandlung, als sogenanntes Begehungsobjekt. Über die Frage, wann eine Sache „fremd" ist, sagt das Strafrecht nichts. Um diese Frage beantworten zu können, muß man auf die Eigentumslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs zurückgehen. Freilich wäre es vielleicht abstrakt denkbar, den Begriff der „fremden" Sache im Strafrecht selbst zu definieren. Immerhin würde „nur hervorragende Unzweckmäßigkeit dem Versuch im Wege stehen, etwa den ganzen § 242 StGB. in ein ganzes Gesetzbuch aufzulösen, in dem das Wort ‚fremd' vermieden und durch die Aufnahme der gesamten Eigentumslehre ersetzt wäre[2])". Dieser Versuch wäre indessen nicht nur unzweckmäßig, er würde auch zu keinem positiven Ergebnis führen. Denn auch die bürgerlich-rechtliche Eigentumslehre enthält keine erschöpfende Begriffsbestimmung des Eigentums[3]). Der Eigentumsbegriff ist ein sogenannter meta-gesetzlicher Begriff.

Dasselbe, was für das Merkmal der „fremden" Sache gilt, trifft für den ganzen Diebstahlsbegriff zu, mit dem Unterschied, daß in andern Fragen, z. B. derjenigen des „Gewahrsams" sogar der Rückzug auf das Bürgerliche Gesetzbuch versperrt ist. Alle Kontroversen, die sich an den Diebstahlsbegriff anschließen, beruhen darauf, daß es an festen gesetzlichen Definitionen fehlt. Das ist aber kein Zufall, sondern liegt in der Struktur der rechtlichen Sätze und Begriffe begründet. Die Entscheidung beruht in allen diesen Fällen nicht auf Sätzen, Regeln und Normen. In der Praxis hält man sich an Präjudizien und Kommentare. Die rechtlichen Sätze und Begriffe erhalten ihre konkrete Bestimmtheit durch Fallentscheidungen und durch Leitsätze, die sich aus einer ständigen Rechtsprechung ergeben. Das bedeutet,

[1]) Darüber vgl. die zahlreichen Äußerungen von W. Hofacker, z. B. Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, S. 8 f.; Der Einzelne und die Gesamtheit, S. 40; Die Auslegung der Grundrechte, S. 5.
[2]) E. Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 179.
[3]) Hofacker, Der Einzelne und die Gesamtheit, S. 40.

daß das Recht nicht Regelrecht, sondern Fallrecht ist. Nicht die Normen bestimmen die Rechtspraxis, sondern die Rechtspraxis interpretiert die Normen. Der Richter ist an Normen gebunden, aber der Inhalt der Bindung ergibt sich aus der richterlichen Entscheidung.

Der Satz ist nur Zeichen und Ausdruck der bedeuteten Sache[1]). Mit dieser Erkenntnis entfällt auch die weitere Folgerung des positivistischen Rechtsdenkens, die in der richterlichen Entscheidung bloße Rechtsanwendung sieht und das richterliche Urteil auf ein Subsumtions- und Schlußverfahren einschränkt. Gewiß ist es möglich, die Entscheidungsgründe eines Urteils in Schlußform zusammenzufassen. Nur wird das Wesen der richterlichen Tätigkeit damit nicht umschrieben. Jede Denk- und Erkenntnistätigkeit arbeitet mit Subsumtionen und Schlüssen, darin besteht nicht die auszeichnende Besonderheit gerade der richterlichen Entscheidung. Die Kennzeichnung des Urteils als Subsumtions- und Schlußverfahren ist aber nicht nur nichtssagend, sondern geradezu falsch, wenn sie die Norm als Obersatz, den konkreten Fall als Untersatz betrachtet[2]). Der konkrete Fall ist kein Satz und daher der Norm nicht ohne weiteres homogen. Will man den Fall in einen allgemeinen Zusammenhang setzen, ihn in seinem Begriff erkennen, so ergibt sich vielleicht ein Satz, aber kein Ober- und Untersatz. Im Gegenteil, der Obersatz wird dann sinnlos, und der Untersatz genügt sich selbst. Die reine Logik geht immer vom Obersatz aus, die rechtliche Entscheidung dagegen vom Untersatz[3]). Dann aber ist das Verhältnis beider gar nicht das logische Verhältnis von Obersatz und Untersatz. Der Wert des Obersatzes könnte nur in der Mediatisierung der persönlichen Entscheidung erblickt werden[4]). Darin liegt jedoch nur eine Vertagung des Problems, weil der Obersatz nicht gegeben ist, sondern erst gesucht werden muß.

Mit dem Begriff der imperativischen Rechtsnorm entfällt weiterhin der sogenannte Geltungszwang. Der Begriff des Geltungszwangs konnte nur von einem positivistischen Ausgangspunkt geprägt werden. Der Gegensatz von rechtlicher Geltung und von konkreter Gerechtigkeit und Sachgemäßheit kann erst dann entstehen, wenn alles Recht auf Normen, Regeln und Sätze zurückgeführt ist. Man kommt dann mit Sohm zu der paradoxen Aussage: Summum jus summa injuria. Diese Formulierung wäre in einem konkreten Ordnungsdenken unmöglich. Der Positivismus geht vom „Satz an sich" aus und endet bei einem Paradoxon. Das Paradoxon ist die notwendige Konsequenz und zugleich die Selbstaufhebung des positivistischen Rechtsdenkens. Es ist keine konkrete These und nicht einmal ein „Satz". Wer sagt: Summum jus summa injuria, hat über das Recht etwas ausgesagt,

---

[1]) C. Eschweiler, Die zwei Wege der neueren Theologie, S. 318 f.; Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 43. — Vgl. Thomas von Aquin, Summa theol. II—II, 1, 2: „Non enim formamus enuntiabilia, nisi ut per ea de rebus cognitionem habeamus."

[2]) Nach P. Klöppel, Staat und Gesellschaft, S. 228, geht diese Vorstellung auf A. Trendelenburg (Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2. Aufl., S. 174 ff.) zurück.

[3]) Trendelenburg, a. a. O., S. 179. — [4]) Trendelenburg, a. a. O., S. 180 ff.

was sich widerspricht. Das Subjekt des Satzes ist im Prädikat aufgehoben und verneint. Man hat daher mit Recht behauptet, daß der Rechtsbegriff Sohms „die Möglichkeit der Jurisprudenz als einer Wissenschaft überhaupt zum Problem macht[1])". Man muß jedoch darüber hinaus auch noch behaupten, daß Sohm die Möglichkeit des Rechts überhaupt nicht nur zum Problem gemacht, sondern sogar ausdrücklich geleugnet hat. Die Aussage: Summum jus summa injuria zerdrückt ihren Gegenstand, anstatt ihn zu erkennen, wie v. Kirchmann sich ausgedrückt hätte.

Endlich entfällt auch die Erzwingbarkeit als Kriterium des Rechtsbegriffs, wobei es gleichgültig ist, ob man Erzwingbarkeit in vollem Umfang oder aber nur die abgeschwächte Form der Tendenz zur Erzwingbarkeit für das Recht in Anspruch nimmt. Hier liegt ein weiterer Selbstwiderspruch insofern vor, als das Recht vom Unrecht logisch abhängig gemacht wird. Die Definition geht von einer logischen Priorität des Unrechts aus. Das Recht muß auf das Unrecht warten, um zum Begriff seiner selbst zu kommen. Es wird zur Funktion seiner eigenen Verneinung. Es ist dann nur folgerichtig, daß mit Unrecht und Zwang auch das Recht entfällt[2]). In Wahrheit beruht diese Definition auf einer Umkehrung des logischen Verhältnisses. Das Recht kann nicht aus dem Unrecht oder aus einer Folge, die erst auf dem Wege über das Unrecht eintritt, abgeleitet werden[3]). Das Recht ist logisch das Primäre und seinerseits die Voraussetzung des Unrechts. Die Aufhebung des Unrechts ist wohl ein Akt des Rechts, nicht aber seine Essenz[4]). Der Zwang ist eine Funktion des Rechts, und nicht umgekehrt. Damit wird auch das widersinnige Ergebnis vermieden, daß das Recht durch die Verwirklichung seiner selbst überflüssig wird.

Die Erzwingbarkeit durch Straf- und Vollstreckungszwang hat den Begriff der imperativischen Rechtsnorm zur Voraussetzung. Die Erzwingbarkeit ist eine Qualität der für sich gesetzten Norm. Bei der Wiederherstellung einer Gesamtordnung wird man nicht von Erzwingbarkeit sprechen. Das durch eine isolierte Einzelnorm geforderte Verhalten soll erzwungen werden, und zwar das ursprüngliche rechtmäßige Verhalten. Der normativ geschützte Status quo soll zwangsweise aufrechterhalten werden; der Zustand, der bestehen würde, wenn die Rechtsverletzung nicht eingetreten wäre. Der Positivismus pflegt aber schon selbst auf die engen Grenzen der so verstandenen Erzwingbarkeit hinzuweisen[5]). Er bekennt damit nur sein Versagen gegenüber der von ihm selbst erhobenen Forderung nach Realisierbarkeit und Praktikabilität des Rechts.

Der Gegensatz von positivistischer Erzwingbarkeit und konkretem Ordnungs-

[1]) Barion, Rudolph Sohm, S. 13. — [2]) Vgl. z. B. Manigk, Festg. f. Stammler, S. 18. — [3]) Hegel, Rechtsphil. § 94, Lasson, S. 86. — [4]) Modestinus, Dig. I, 3, 7. Vgl. Thomas von Aquin, Summa theol. I—II, 92, 2. Nach Bergbohm, Jurisprudenz, S. 431 Anm. 14, sollten derartige Aussprüche der römischen Juristen nicht zitiert werden. — [5]) Thon, Rechtsnorm, S. 29; Gierke, Deutsches Privatr. I, S. 114; Eppler, Das Recht, S. 30.

denken tritt in der Lehre von der Strafe besonders deutlich hervor. Der Positivismus hat Hegels Versuch, die alte Lehre von der poena redintegratoria wiederaufzunehmen, abgelehnt und bekämpft.[1]) Das Problem wird unter den Gesichtspunkt der Abgrenzung von Strafe und zivilrechtlichem Schadensersatz gestellt. Hier erscheint die Strafe als ein subsidiäres Auskunftsmittel für den Fall, daß der Schadensersatz nicht mehr zum Ziel führen würde. Das Recht kommt alsdann nicht nur logisch, sondern auch praktisch zu spät. Das Verbrechen ist nicht mehr reparabel, sondern erscheint als „unheilbare Krankheit[2])". Die Rechtfertigung der Strafe wird unmöglich, weil sich zeigt, daß der Status quo in Wahrheit nicht rechtlich garantiert werden kann.

b) Der Positivismus führt alles Recht auf willentliche Setzung zurück. Die Lehre vom Naturzustand bildet hier den Ausgangspunkt des positivistischen Rechtsdenkens. Diese Lehre ist auch da wirksam, wo der Naturzustand nur als methodische Hilfskonstruktion auftritt und eine wirkliche geschichtliche Erkenntnis nicht einmal mehr prätendiert wird. Aber auch die Ableitung des Rechtes aus dem Naturzustand ist in sich widerspruchsvoll. Sie kann in zwei Formen versucht werden, nämlich einmal auf dem Wege über eine Vertragskonstruktion, und ferner durch die Annahme einer souveränen Diktatur[3]).

Die Vertragskonstruktion scheitert daran, daß der Vertrag eine konkrete Ordnung bereits als wirklich voraussetzt und sie nicht erst begründet. Die Verbindlichkeit eines Vertrags beruht nicht auf dem Satz: Pacta sunt servanda, sondern auf der Existenz einer konkreten Ordnung[4]). Der Vertrag setzt Vertragsparteien voraus, die rechtsfähig sind, und ferner konkrete Rechte, die diesen Parteien zustehen. Das Recht entsteht dann nach dieser Konstruktion durch die Übertragung dieser Rechte von den Individuen auf den Staat. Hier erheben sich aber unüberwindliche Schwierigkeiten. Die staatlichen Machtbefugnisse treten hier an die Stelle von Individualrechten, die als solche nicht bestehen, z. B. des jus belli oder des jus vitae ac necis. Überdies läge in der Veräußerung eines solchen Rechts, selbst wenn es bestünde, kein echter, d. h. freier Vertrag. Der freie Vertrag setzt nämlich voraus, daß sich die Partner nicht nur beim Abschluß, sondern auch noch später, solange der Vertrag besteht, als selbständige und unabhängige Rechtsträger gegenüberstehen[5]). Infolgedessen muß das jus belli oder jus vitae ac necis entweder als unveräußerliches Recht vorbehalten bleiben, und dann kommt eine objektive Rechtsordnung nicht zustande, oder aber die Vertragskonstruktion entfällt. Wendet man aber ein, es handle sich hier nicht um Veräußerung, sondern um eine dem Staat als solchem zukommende Befugnis, so ist damit die Vertragskonstruktion abermals aufgegeben. Eine weitere Schwierigkeit liegt in der Frage,

---

[1]) Binding, Normen I, S. 241, 288. — [2]) Binding, Normen I, S. 290. — [3]) Über den Begriff der souveränen Diktatur vgl. Carl Schmitt, Die Diktatur, S. 130 ff. — [4]) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 69 ff.; Nationalsozialismus und Völkerrecht, S. 11. — [5]) Hegel, Rechtsphil., § 71, Lasson, S. 73 f.

wie sich der Vertragsabschluß konkret vollziehen soll. Hier kommt nur ein stillschweigend abgeschlossener Vertrag in Betracht. Ein solcher Vertrag muß aber den schärfsten Bedenken begegnen, wo es sich nicht etwa um ein Geschäft des täglichen Lebens, sondern um den Vertrag aller Verträge handelt. Zum echten Vertrag gehören Vertragsverhandlungen, an denen die Parteien in gleicher Weise beteiligt sind[1]). Ferner gehören zu einem Vertrag, der eine derart weitgehende Bindung schaffen soll wie hier, besondere Förmlichkeiten und Solennitäten. Das fehlt völlig. Die Deformalisierung beweist, daß ein echter Vertrag überhaupt nicht vorliegt. Dem Minimum an äußerer Form entspricht ein Minimum an innerem Willen. Die Vertragskonstruktion hat nur fiktive Bedeutung und kann nicht zur Erklärung der Rechtsentstehung dienen.

Das gleiche gilt für die Annahme einer souveränen Diktatur. Der Staat kann sich nicht, wie es nach der positivistischen Rechtslehre der Fall sein müßte, durch einen Machtspruch ein Recht auf Gehorsam und Botmäßigkeit beilegen, wenn er nicht schon vorher reale Macht besitzt. In diesem Falle ergibt sich das Gehorsamsrecht unmittelbar aus dieser Sachlage und bedarf keiner Mediatisierung durch die Vorstellung einer positiven Setzung, die hier zum regressus in infinitum führen müßte. Ferner kann selbst eine souveräne Diktatur nicht aus dem reinen Nichts Ordnung schaffen. Vielmehr muß eine präexistente Ordnung bereits vorausgesetzt werden, und zwar einmal als Anlage innerhalb des Gemeinwesens, das eine Verfassung erhalten soll, und außerdem als aktuelle Wirklichkeit innerhalb der Herrschaftsorganisation, über die der Diktator verfügen muß, um Ordnung schaffen zu können[2]).

Das Recht aus dem Naturzustand ableiten, ist ebensogut, wie die Schöpfung der Welt auf einen Zufall zurückzuführen. Damit ist nichts erklärt, weil nach einer realen Ursache gefragt wird, der Zufall aber eine echte Ursache gerade nicht ist. Es ist widerspruchsvoll, aus der Unordnung die Ordnung, aus dem Unrecht das Recht, aus der reinen Möglichkeit die aktuelle Wirklichkeit, gleichsam durch ein barockes Wunder, ableiten zu wollen. Es ist in keiner Weise verständlich, wie aus dem Naturzustand in einem bestimmten Augenblick ein Rechtszustand werden sollte. Die Ordnungselemente, die das Recht zur Entstehung bringen, sind entweder bereits vorhanden, dann ist es verfehlt, von einem Naturzustand zu sprechen; oder sie sind es nicht, dann wird der Rechtszustand niemals eintreten können. Es ist nicht möglich, die höhere Stufe entwicklungsmäßig aus der niederen hervorgehen zu lassen.

Daher schafft die reine Setzung des Positivismus auch nur eine Welt von Fiktionen. Der Positivismus spricht immer von einer künstlichen Welt des Rechts, die selbständig neben der natürlichen Welt einherläuft. Diese zweite Welt soll ein

[1]) Klöppel, Dreißig Jahre deutscher Verfassungsgeschichte, S. 11.

[2]) Vgl. R. Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, S. 18 f.: Der Podestà brachte „einen ganzen Apparat von Soldaten, Gelehrten, Schreibern, Rittern, Assessoren und Roßknechten mit".

abstrakt-ideales Sein besitzen. Das ist eine phantastische Vorstellung. Die Ergebnisse der positiven Setzung sind fiktiv, weil ihre Voraussetzungen fiktiv sind. Das Recht auf eine Fiktion gründen, heißt es überhaupt nicht begründen. Der Rechtszustand ist nur dialektischer Gegensatz des Naturzustandes, und, wie jeder Gegensatz, vom Satz funktionell abhängig. Das positive Recht ist nur eine dünne Decke, die das rechtswissenschaftliche Denken des 19. Jahrhunderts über die latent vorhandene Anarchie breitet[1]). Darin findet auch der von der Reinen Rechtslehre vertretene dialektische Gegensatz von Sein und Sollen seine letzte Erklärung. Das Sollen, das nicht in einem Sein angelegt ist, vermag die Welt der kontingenten Tatsächlichkeit nicht mehr zu meistern. Es vermag nicht einmal mehr zu „sollen". Das Sollen, das nur mehr fähig ist, zu sollen, muß schließlich entfallen. Es ist nur eine hilflose Tautologie, wenn demgegenüber betont wird: „Was sein soll, soll sein[2])".

c) Ebenso wie der Rechtsbegriff des Rechts hat auch die imperativische Zwangsnorm in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts überall dort Widerspruch und Kritik erfahren, wo ein echtes konkretes Ordnungsdenken noch lebendig war. Dabei handelt es sich im wesentlichen um die gleichen Autoren, die bereits früher angeführt worden sind.

An erster Stelle ist wiederum Hegel zu nennen, und zwar müssen die beiden folgenden entscheidenden Äußerungen Erwähnung finden: einmal ist nach Hegel „die Gesetzgebung überhaupt und ihre besonderen Bestimmungen nicht isoliert und abstrakt zu betrachten, sondern vielmehr als abhängiges Moment einer Totalität, im Zusammenhange mit allen übrigen Bestimmungen, welche den Charakter einer Nation und einer Zeit ausmachen" (Rechtsphil. § 3, Lasson S. 21). Ferner existiert nach Hegel „das Recht nur als Zweig eines Ganzen, als sich anrankende Pflanze eines an und für sich festen Baumes" (a. a. O., Zus. zu § 141, Lasson, S. 325). — Im übrigen sind über Hegel als Vertreter eines konkreten Ordnungsdenkens und über die Linie, die von der aristotelischen Philosophie über das mittelalterliche Naturrecht zu seiner Rechts- und Staatslehre führt, zu vergleichen die übereinstimmenden Ausführungen von P. Ritterbusch, Recht, Rechtssetzung und Theorie der Rechtssetzung im mittelalterlichen England, in Festg. f. Rich. Schmidt, S. 235 ff., und von Carl Schmitt, Über die drei Arten, S. 7, 41.

Sodann ist der Hinweis auf die Rede v. Kirchmanns nochmals zu wiederholen. Hier wird das eigentümliche abstrakt-ideale „Sein" des positiven Gesetzes charakterisiert als eine „Zwittergestalt von Sein und Wissen, die zwischen dem Recht und der Wirklichkeit sich eindrängt und beide mit ihren verderblichen Wirkungen bedeckt" (S. 14). Die Mediatisierung der Beziehungen konkreter Personen und Sachen durch die Einschiebung der Norm ist meisterhaft gekennzeichnet. v. Kirchmann sieht auch, daß der Positivismus immer vom Nicht-Sein, nämlich von Willkür, Zufall, Irrtum und Mißbrauch her argumentiert, d. h. aus dem Akzidens nach Art der Sophisten: „Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holze leben; von dem Gesunden sich abwendend, ist es nur das Kranke, in dem sie nisten und weben" (S. 17), und weiter: „Das Fundament zu legen, den neuen Bau kräftig in die Höhe zu führen, das können die Juristen nicht. Aber wohl, wenn der Bau fertig ist, wenn die Säulen ihn tragen, dann kommen sie, wie die Raben, zu tausenden und nisten in allen Winkeln und

---

[1]) Sohm gibt dies selbst zu, wenn er sagt, daß seine Rechtslehre vom Anarchismus nur durch die Anerkennung der ethischen Notwendigkeit des Rechts getrennt ist, Kirchenr. II, S. 52. Vgl. E. R. Huber, Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, S. 33. — [2]) Schönfeld, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 18, S. 66.

messen die Grenzen und Dimensionen bis auf Zoll und Linie und übermalen und überschnörkeln den edlen Bau, daß Fürst und Volk kaum noch ihrer Taten Werk darin erkennen" (S. 31). In der Tat ist die Vorstellung einer Herrschaft von Normen, die Kategorie der Erzwingbarkeit, die Entstehung des Rechts durch positive Setzung im Naturzustand, nicht anders zu erklären.

Gegen den Normativismus wendet sich auch in einer schönen Bemerkung A. Brinz, der freilich in andern Beziehungen ein Opfer seiner positivistischen Umwelt geworden ist: „Mit dem Augenblick, daß das Gesetzbuch publiziert wird, ist, wir dürfen sagen, zwar ein Gesetz, aber noch kein Recht da. Erst dadurch, daß das Gesetzbuch angewendet wird, bekommen wir Recht ins Land. Das Recht ist geistig entwickelter als das Gesetz; es ist aber auch praktisch brauchbarer als dieses; in ihm ist schon angewendet, was dort erst angewendet werden soll" (Kritische Vierteljahrsschr. 2, S. 37).

Leist hat immer wieder den Gedanken betont, daß sich das Recht nicht in dem „legalen" (bzw. „voluntaren") Element erschöpft: „Es liegt noch etwas hinter dem legalen Element, das für unsere wissenschaftliche Erkenntnis unentbehrlich ist" (Die realen Grundlagen usw., S. 157). Das Wesen der Jurisprudenz kann daher nicht in der reinen Logik bestehen: „Wie kann man dann also aus dem eigenartigen Begriff des Instituts dasselbe lediglich durch logische Operation der Konsequenzziehung aufbauen?" (S. 159). Im einzelnen ist die Rede von dem naturalen, dem sittlichen und dem religiösen Element des Rechts; vor allem auf das Beispiel der Ehe sei hingewiesen (S. 32 ff., 45 ff.). Die reale Naturordnung ist nicht die „normative Kraft des Faktischen", „sondern der vernunftmäßig erkannte Zusammenhang der realen natura" (S. 8). Das Gesetzesrecht ist nicht die ursprüngliche Form des Rechts. Der Nomos gehört nach Leist als „Landverteilung" wesentlich zur Neubegründung einer gestörten Ordnung (S. 125 ff.). Im übrigen wird der Gedanke eines Sozialvertrags abgelehnt (S. 60 Anm. 7). Die Erzwingbarkeit ist nur eine Funktion des Rechts: „Zwangskraft hat nur das, was reale Macht hat" (S. 101).

Die Bedeutung der Schrift Oskar Bülows über Gesetz und Richteramt liegt vor allem in der Erkenntnis, daß nicht der Gesetzgeber die „Rechtssubstanz" hervorbringt (S. 47). Das Gesetz ist daher nicht eigentlich Rechtsquelle, ebensowenig wie das Gewohnheitsrecht, solange man annimmt, daß „die gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung nur durch Schaffung abstrakter, allgemeingültiger Rechtsbestimmungen vor sich gehen könne" (S. 42). Das Gesetz ist nach Bülow Plan, Entwurf, Versuch, Anweisung (S. 3, 45); „eine Rechtswissenschaft, die vom richterlichen Recht nichts wissen will, spricht sich selbst die Existenzberechtigung ab" (S. 45).

Schließlich müssen noch einige Bemerkungen aus den Schriften von Klöppel, deren Ergebnisse der obenstehende Text schon in weitem Umfang verarbeitet hat, wörtlich angeführt werden. Das Problem des Normativismus liegt nach Klöppel in der Frage, „wie es möglich sein soll, daß allgemeine Sätze, welche notwendig Abstraktion sind, d. h. von der Wirklichkeit, die unendlich viele Seiten hat, immer nur eine herausgreifen und verallgemeinern können, durch ‚Anwendung' vermittelst ‚logischer Subsumtion' die Wirklichkeit ordnen, ohne ihr Gewalt anzutun" (Gesetz und Obrigkeit, S. 35). Nicht die Einzelnorm bzw. die Summe der Einzelnormen ist Recht; das Recht ist „kein Schuppenpanzer ineinander hängender Normen-Atome" (Einr. der Rechtskraft, S. 80); „Das Recht als Ganzes ist Norm, nicht aber das vereinzelte Rechtsatom eines allgemeinen Gebots oder Verbots" (Staat und Gesellschaft, S. 245). Die imperativische Rechtsnorm enthält einen Selbstwiderspruch. Ein bedingter Befehl ist kein Befehl mehr (a. a. O.); ein Befehl setzt alle „Bestimmungen des einzelnen Falles voraus" (Gesetz und Obrigkeit, S. 76); „der denkbar stärkste Wille, daß ein Rechtssatz gelten solle, kann nicht mehr wollen als daß er in jedem Falle gelte, in welchem er neben andern Rechtssätzen, die ebenso gelten sollen, vernünftiger Weise gelten kann; und diese Entscheidung läßt sich

nicht ‚befehlen' ", d. h. durch imperativische Normen vorwegnehmen (a. a. O.). Die imperativische Rechtsnorm gehört nach Klöppel zusammen mit dem kategorischen Imperativ der kantischen Philosophie in die jüdische Theokratie (Gesetz und Obrigkeit, S. 51, vgl. auch S. 14 und ferner Staat und Gesellschaft, S. 196: „Das offene und glänzende Königtum der Bourbonen mit dem tückisch schleichenden des Hauses Rothschild vertauscht zu haben, ist die letzte schöne Frucht eines Jahrhunderts ruheloser gesellschaftlicher Umwälzung"). Es wird darauf hingewiesen, daß die „treibende Kraft der Rechtsbildung", nämlich das sittliche Gefühl nur den einzelnen Fall erkennt. Der Positivist wird zum Eunuchen um des Gesetzes willen: der „lebendigen Rechtsanschauung ersparen, die notwendigen Lücken der Voraussicht der Gesetzgebung im einzelnen Falle zu schließen", „wäre nichts anderes, als eine Gewähr für den richtigen Gebrauch seiner Glieder in der Selbstverstümmelung finden zu wollen" (Staat und Gesellschaft, S. 230). „Der vollendete Gesetzesstaat" ist „der vollendete Ohnmachtsstaat gegen den Anprall gesellschaftlicher Begehrlichkeiten" (Gesetz und Obrigkeit, S. 128). Auch die Vorstellung, das Recht entstehe durch willentliche Setzung, muß abgelehnt werden: das Recht ist nicht primär Gebot oder Verbot, „sondern eine in sich zusammenhängende und gegliederte Ordnung, und es hat auch mindestens keinen ersichtlichen Wert, sich allgemeine Rechtsvorschriften als Gebote oder Verbote für jeden einzelnen Fall vorzustellen; da das Recht im Volke lebt, und durch das Gericht sich als lebend betätigt, ergibt sich selbstredend, was wider das Recht ist, und dagegen behauptet das Recht sich nicht erst wieder durch Gebot oder Verbot, sondern unmittelbar als Macht. Überhaupt kann nicht das Recht gebieten oder verbieten, so wenig wie die Gesamtheit, die seine Trägerin ist, einen Willen hat, gebieten und verbieten kann; gebieten und verbieten kann nur die Obrigkeit und diese in Wirklichkeit nur im einzelnen Fall. Niemals ist das Recht ein leeres Sollen, sondern es ist Tat, oder es ist nicht" (Einr. der Rechtskraft, S. 81).

III. Die bürgerliche Gesellschaft und der positivistische Rechtsbegriff

Zum Abschluß dieses Kapitels ist noch ein Hinweis erforderlich, daß der Rechtsbegriff Sohms in seiner Totalität, d. h. in jedem seiner einzelnen Merkmale an die bürgerliche Gesellschaft gebunden ist. Das gilt sowohl für den Rechtsbegriff des Rechts als auch für die imperativische Zwangsnorm. Es ist nicht zulässig, die „soziologischen" Aussagen Sohms von den „juristischen" zu trennen; beides hängt vielmehr aufs engste zusammen.

1. Der Rechtsbegriff des Rechts beruht auf einer Aufspaltung der politischen Gesamtordnung. Die Isolierung des Rechts im Rechtssinne ist nicht bloß eine Angelegenheit der „formalen" Logik, sondern hat unmittelbar praktische Bedeutung. Der logische Widersinn dieser Mißbildung ist Ausdruck eines Defektes innerhalb der politischen Wirklichkeit selbst. Der Versuch, den Rechtsbegriff in logischer Hinsicht vollständig auf sich selbst zu stellen, ist eine Umschreibung des Sachverhalts, daß eine Gesamtordnung fehlt, der das Recht als „abhängiges" Moment untergeordnet werden könnte. Es ist dann unmöglich, das Recht an irgendeine „Gattung" im logischen und im existenziellen Sinne zu binden.

Wenn Sohm dennoch zu einem Gattungsbegriff, z. B. demjenigen des ethischen Gesetzes, zu gelangen sucht, so widerspricht er seinem Ausgangspunkt. Der Widerspruch beruht darauf, daß es in der realen Wirklichkeit unmöglich ist, das Recht zunächst von der Sittlichkeit zu trennen, um es zu gleicher Zeit dann doch wieder in den Dienst einer individualistischen Ethik zu stellen. Das ist die Ursache dafür, daß der nämliche Begriff logisch sowohl als Gattungsbegriff wie als Artbegriff auftritt, in der Form des ethischen bzw. des Sittengesetzes. Die individualistische Ethik wird verdoppelt und verabsolutiert; sie ist zu gleicher Zeit Grundlage und Gegensatz des Rechtsgesetzes. Das Rechtsgesetz ist das Derivat der individualistischen Ethik und wahrt in seiner eigenen Struktur den individualistischen Charakter des Sittengesetzes. Ein sachlich zutreffender Rechtsbegriff ergibt sich daraus nicht, weil das Individuum, von dessen Existenz der Wert dieser Definition abhängt, in Wirklichkeit teils nicht existiert, teils in seiner Existenz eine „Krankheit" bedeutet[1]). Vom Individuum her ist eine konkrete Ordnung nicht zu erreichen, weil der Begriff des Individuums als solcher die Verneinung der konkreten Ordnung enthält.

Anstatt des Wortes Sittlichkeit können auch die Worte Politik oder Weltanschauung polemisch benutzt werden, um die Trennung des Rechts von seiner seinsmäßigen Grundlage und die Aufspaltung der Gesamtordnung im Rechtsbegriff des Rechts zum Ausdruck zu bringen. Es gehört zum Wesen einer politischen Einheit und Ordnung, daß die abstrakt immer und überall möglichen Streitigkeiten über sittliche, weltanschauliche und politische Fragen einer echten Entscheidung fähig sind. In diesem Sinne läßt sich sagen, daß in einem existenten politischen Gemeinwesen über Sittlichkeit, Weltanschauung und Politik nicht gestritten werden kann. Andernfalls liegt eine politische Einheit in Wahrheit nicht vor. Die Gegensätze und Differenzen innerhalb eines jeden Lebens- und Wissensgebietes und ebenso die Gegensätze und Differenzen der einzelnen Sachgebiete untereinander sind dann der Reflex dieser Sachlage. Die relative Selbständigkeit und Verschiedenheit der Sachgebiete wird zur absoluten Differenz[2]). Im Rechtsbegriff des Rechts ist die Aufspaltung der politischen Gesamtordnung nicht überwunden, sondern zum Prinzip erhoben. Sittlichkeit, Weltanschauung und Politik werden der bürgerlichen Gesellschaft ausgeliefert. Der Staat, neutral und agnostisch, begnügt sich mit dem Rechtsbegriff des Rechts.

Mit der Zerstörung der politischen Einheit verliert auch die juristische Technik ihren Sinn. Sie ist gezwungen, ihren Sinn nur noch in sich selbst zu finden. Auch in der reinen Technizität verweist aber der Rechtsbegriff des Rechts, soweit er nicht eine leere Tautologie bleibt, auf die bürgerliche Gesellschaft als ein relati-

[1]) Vgl. die Bemerkung Hegels, Rechtsphil. § 278, Lasson, S. 227: das „Isolieren und Für-sich-bestehen" der Teile ist „die Krankheit".

[2]) In diesem Sinne betont Sohm, daß die Geschichte des deutschen Rechts mit der Geschichte der deutschen Sprache nichts zu tun habe, Zeitschr. Sav. St. Germ. Abt. 1, S. 1, 70.

vistisches Wertesystem, d. h. im Ergebnis ein System der absoluten Wertneutralität. Die bürgerliche Gesellschaft bedient sich des staatlichen Rechts als eines Instruments zur Erreichung ihres jeweiligen Zieles.

Endlich ist auch die „Wissenschaftlichkeit" des Rechts im Rechtssinn an die bürgerliche Gesellschaft gebunden. Der Zusammenhang der Wissenschaftlichkeit mit der bürgerlichen Bildung ist nirgends zu verkennen. Nach Lorenz von Stein ist die Wissenschaft nichts anderes als „die zum bewußten Systeme erhobene Bildung[1])". In allen seinen Merkmalen verweist das „wissenschaftliche Recht" auf die bürgerliche Gesellschaft. Der mathematische Rationalismus der Wissenschaftlichkeit dient dem gesellschaftlichen Interesse an Rechtssicherheit und Berechenbarkeit. Die Entscheidung soll sich mit abstrakter Evidenz den Parteien aufzwingen. Beziehungspunkt dieser abstrakten Evidenz ist der „Mann auf der Straße", d. h. der bürgerliche Verkehrsteilnehmer, oder der „Unbefangene", d. h. der keiner substanziellen Ordnung Angehörende, Beziehungslose und Fremde. Den Inhalt der Wissenschaftlichkeit aber bestimmen die positivistischen Grundwissenschaften, Psychologie und Soziologie, d. h. Individuum und Gesellschaft. Nach unten und nach oben sperrt sich die Bildungs- und Wissenschaftskirche in gleicher Weise ab, d. h. sie löst sich ebenso von der naturhaften Ordnung des Volkes los, wie sie die Realitäten der Metaphysik von sich ausschließt.

2. Die Herrschaft der „Norm" hat den Sinn einer Isolierung und Verabsolutierung des unpersönlichen Verkehrsrechts der bürgerlichen Gesellschaft. Das Recht wird ein Fahrplan[2]).

Der Begriff des Geltungszwangs wird von Sohm nicht nur normativistisch als Gegenbegriff zu konkreter Sachgemäßheit und Gerechtigkeit, sondern auch individualistisch, unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses der „Kritik" durch die Rechtskraft der Entscheidung als Fiktion der Wahrheit, bestimmt. Dem Staat wird auf der einen Seite die Aufgabe zugewiesen, die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit als Grundlage des bürgerlichen Verkehrssystems zu gewährleisten, auf der andern Seite wird die staatliche Entscheidung als „Zwang" diffamiert, der nur zur Vermeidung des größeren Übels in Kauf genommen wird. Der Begriff der Erzwingbarkeit deutet schon durch seine zivilistische Herkunft die Herrschaft der bürgerlichen Gesellschaft an. Das Recht wird in einen Funktionsbegriff von Unrecht und Zwang verwandelt und der Staat zu einem Zwangsmechanismus herabgesetzt. Recht und Staat sind immer bloß repressiv und kommen immer zu spät. Der Ausspruch Otto Mayers: „Eine schlechte Polizei wird immer bloß repressiv sein", gilt für die Politik überhaupt[3]). Eine Ordnung, die auf dem Zwang basiert

[1]) Begriff der Gesellschaft, S. LXXXII.

[2]) Carl Schmitt, Über die drei Arten, S. 34. — Vgl. die Bemerkung Jherings, Geist II, 1, S. 45: „Der privatrechtliche Verkehr läßt sich ohne Nachteil festen, unbeugsamen Regeln unterordnen; er bewegt sich in stereotypen Formen, und Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit ist gerade das, was er erstrebt."

[3]) Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 211 Anm. 18.

ist, entbehrt der Lebenskraft. In einer substanziellen Ordnung ist das Recht als gegenständliche Macht früher als das Unrecht.

Der vorstaatliche Naturzustand ist nur die ideologische Spiegelung der bürgerlichen Gesellschaft. In diesem Stadium existieren nur Individuen, die als Inhaber von subjektiven Rechten anerkannt sind. Der Ausgangspunkt dieser Konstruktion ist auch ihr Endpunkt; der Staat ist ein Provisorium und dazu bestimmt, sich selbst im Lauf der Entwicklung überflüssig zu machen.

Ein letzter Ausläufer der allgemeinen positivistischen Dialektik von Zwang und Freiheit ist endlich die Unterscheidung von Rechtsregel und Konventionalregel. Die im Staat organisierte Volksgemeinschaft erscheint hier als Zwangsgemeinschaft. Die selbstherrliche Geltung der Rechtsordnung bildet den Gegensatz zur individualistischen Freiwilligkeit. In Wahrheit beruht die Eingliederung in die Volksgemeinschaft nicht auf Zwang und ebensowenig auf einer dem Zwang korrespondierenden bloßen moralischen Verpflichtung. Gerade das rednerische Pathos, in das Sohm verfällt, wenn er die moralische Notwendigkeit einer Eingliederung in die Volksgemeinschaft betont, muß seine Konstruktion verdächtig machen. In Wirklichkeit gehört man der Volksgemeinschaft an auf Grund einer seinsmäßigen Abhängigkeit, durch Geburt und Abstammung. Von einem Zwang kann nur da gesprochen werden, wo ein widerstrebender oder zum mindesten indifferenter Wille vorausgesetzt wird. Es gibt aber keinen Willen, der dem physischen Sein unmittelbar zuwiderliefe und die Basis der eigenen Existenz verneinen könnte. Von Willen und Freiheit zu sprechen, ist nur dann möglich, wenn eine konkrete Ordnung bereits vorausgesetzt wird. Ein Wille, der sich gegen eine solche Ordnung auflehnt, ist rechtlich unbeachtlich[1]). Nicht die Ordnung beruht auf Zwang, sondern der dagegen sich auflehnende Wille ist Zwang und muß aufgehoben werden[2]).

Auf der andern Seite ist die bürgerliche Gesellschaft nicht ein Reich der individuellen Freiheit. Sohm hat richtig erkannt, daß von einer Freiheit in diesem Zusammenhang nur hinsichtlich der Eingliederung in die bürgerliche Gesellschaft gesprochen werden kann. Es ist jedoch bezeichnend, daß er selbst dieser Lehre nur eine „juristische", nicht aber eine „soziologische" Geltung zuerkannt hat. In einem seiner Vorträge über die soziale Frage wird nämlich ausgeführt, daß niemand darauf verzichten kann, sich in das gesellschaftliche System der Bedürfnisse an irgendeiner Stelle einzugliedern. „Seine", nämlich des Arbeiters, „Freiheit, den angebotenen Arbeitsvertrag abzulehnen, war die Freiheit, zu verhungern. Tatsächlich war es deshalb in der Regel der eine Teil, der Arbeitgeber allein, der den Inhalt des Arbeitsvertrags diktierte[3])". Die bürgerliche Gesellschaft ist ein System

---

[1]) V. Puntschart, Die moderne Theorie des Privatrechts, S. 17: „Der Wille wird nicht durch sich selbst, sondern durch die Zwecke bestimmt ..., ist also im Rechtsgebiete nicht seiner selbst wegen anerkannt, sondern nur der Zwecke wegen, welche er zu verwirklichen hat."

[2]) Hegel, Rechtsphil. § 93, Lasson, S. 85. — [3]) Die sozialen Aufgaben, S. 15.

der Unfreiheit[1]). Nur die begrenzte Optionsmöglichkeit, die innerhalb einer pluralistischen Gesellschaftsstruktur durch die Existenz einer Mehrheit konkurrierender Verbände und Organisationen gewährleistet wird, könnte über diesen Sachverhalt hinwegtäuschen. Eine Freiheit, nicht zu optieren, eine negative Koalitionsfreiheit, besteht nicht. Die bürgerliche Gesellschaft ist eine parzellierte Totalität[2]).

Das Polaritäts- und Spannungsverhältnis, das zwischen Individuum und Gesellschaft besteht, kommt in der Abgrenzung der Konventionalregel vom freien Vertrag zum Ausdruck. Die Konventionalregel ist ebensowenig ein freier Vertrag wie der Staats- und Gesellschaftsvertrag. Auch hier ist der „Vertrag" völlig deformalisiert. Die bürgerliche Gesellschaft ist rechtlich überhaupt nicht faßbar. Sie entbehrt der Form, und zwar nicht nur im Sinne des positivistischen Formbegriffs. Sie begründet zwar einen Status, aber nur einen unechten und apokryphen Status.

Die bürgerliche Gesellschaft beruht auf Bildung und Besitz, nicht aber auf einer seinsmäßigen Gemeinschaft. Die Gesellschaft hat nicht, wie das Volk und die Familie, eine Naturseite. Sie kann daher auch keine echte Sittlichkeit haben, weil die Sittlichkeit nicht ohne natürliche Basis existiert. Daher ist die Eingliederung in die bürgerliche Gesellschaft, wie jede willkürliche Option, unsittlich und im Widerspruch zur menschlichen Freiheit. Die Konventionalregel erzeugt keine sittliche Verpflichtung[3]). Gerade deshalb ist die existenzielle Bindung an die bürgerliche Gesellschaft unsittlich. Auch kann die Konventionalregel begrifflich weder gerecht noch ungerecht sein. Das ergibt sich aus dem Satz: Volenti non fit injuria. Die Herrschaft der bürgerlichen Gesellschaft ist prinzipiell unbegrenzt und entbehrt jeglichen Korrektivs.

Das Prinzip der Unterscheidung von Rechtsregel und Konventionalregel entspricht nicht der Wirklichkeit, sondern beruht auf einer willkürlichen und fiktiven Annahme. Die gesellschaftliche Freiheit ist bloßer Schein. „Die Sitte wahrt den Schein, als beruhe ihre Herrschaft auf freiwilliger Unterwerfung[4])". Mit dem Schein hat eine juristische Erörterung nichts zu schaffen; die Unterscheidungen müssen entweder auf die Wirklichkeit zurückgeführt werden oder man muß auf sie verzichten.

Auch der Gegensatz von staatlicher und genossenschaftlicher Rechtstheorie ist nur scheinbar eine echte Antithese. Es ist kein Zufall, daß sich Sohm nacheinander zu beiden Theorien bekannt hat. Sie sind nur zwei verschiedene Äußerungsformen der gleichen prinzipiellen Haltung.

Die staatliche Rechtstheorie nimmt den Staat aus der Wesensgleichheit und Durchgängigkeit der menschlichen Verbände heraus und stellt ihn den Freiwilligkeitsverbänden als Zwangsverband entgegen. Sie ist in ihrem gouvernementalen Konservativismus Ausdruck der geistigen Defensive des Staates, sofern das Rechts-

[1]) Lorenz von Stein, Begriff der Gesellschaft, S. CIV. — [2]) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 84. — [3]) Kirchenr. II, S. 51, 125. — [4]) Gierke, Deutsches Privatr. I, S. 113.

monopol in Wahrheit ein „Zwangsmonopol" ist[1]). Der Staat ist von vornherein abstrakt ins Unrecht gesetzt. Er muß für seinen Zwang nachträglich Rechenschaft ablegen und um Indemnität bitten, während die Gesellschaft zunächst duldet, um später zu liquidieren. Wenn es gelingt, den Staat als Zwangsverband zu definieren, so ist er ideologisch der Besiegte. Der Zwang zerstört sich begrifflich selbst, wie Hegel sagt[2]). Der Staat muß sich an der „Rechtsidee" legitimieren, d. h. die Forderungen der bürgerlichen Gesellschaft vollstrecken.

Die staatliche Rechtstheorie isoliert den Staat, indem sie alle andern konkreten Ordnungen auflöst. Alles Recht muß auf staatliche Ermächtigung zurückgeführt werden. Das gilt für das Recht aller natürlich gewachsenen Gemeinschaften, für Familie, Stand, Gemeinde und Kirche. Hier ist das Recht nicht mit der Existenz der Gemeinschaft ohne weiteres gegeben, sondern wird durch die Konstruktion der Ermächtigung mediatisiert. Der Begriff der Ermächtigung enthält aber in diesem Zusammenhang eine Reihe von Unklarheiten. Ermächtigung ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken. Familie, Stand, Gemeinde und Kirche wirken aber gar nicht auf einen fremden Rechtskreis ein; ihre Sphäre läßt sich derjenigen des Staates nicht als aliud gegenüberstellen. Die Ermächtigung ist hier positivistisch als voluntare Setzung konstruiert. Ihr fiktiver Charakter zeigt sich darin, daß sie stillschweigend erteilt wird.

Die genossenschaftliche Rechtstheorie ist logisch konsequenter und bezeichnet ein weiter fortgeschrittenes Stadium des positivistischen Zersetzungsprozesses. Sie erklärt alle menschlichen Verbände für zur Rechtssetzung befugt, und zwar auch ohne und gegen den Staat. Hier ist ein Weg zur politischen Einheit nicht mehr sichtbar.

Der innere Widerspruch der ganzen Ableitung zeigt sich noch an folgender Betrachtung. Der Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts ist nur eine Umschreibung des gesellschaftlichen Verkehrsrechts. Nun aber erschöpft sich die Normierung des Privatrechts für das 19. Jahrhundert in der Anerkennung der Parteiautonomie sowie in der Bereitstellung gewisser Vorschlags- und Ergänzungsregeln[3]). Das heißt aber in der Terminologie Sohms: es gibt kein Privatrecht, weil eine auf Vertrag und Konvention beruhende Ordnung nicht Rechtsordnung ist. Der Satz: Volenti non fit injuria verneint die Rechtsnatur des Privatrechts. Hier bedeutet Recht nur soviel wie Anerkennung des freien Beliebens. Wo der Rechtsbegriff vom Privatrecht her aufgebaut wird, entfällt schließlich sogar das Privatrecht. Die Aufspaltung der politischen Gesamtordnung in Staat und Gesellschaft läßt auch der Gesellschaft nicht lange ihren Bestand.

---

[1]) Dagegen treffend Carl Schmitt, Politische Theologie (2. Ausg., S. 20): Das Wesen der staatlichen Souveränität liegt in der Entscheidung; jene ist „nicht als Zwangs- oder Herrschaftsmonopol, sondern als Entscheidungsmonopol juristisch zu definieren". — [2]) Rechtsphil. § 93. — [3]) H. Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, S. 8; Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 14 ff.

Viertes Kapitel

Die Möglichkeit des Kirchenrechts

I. Der Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts als Voraussetzung der These Sohms

Sohms kirchenrechtliche These: Das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch, setzt den Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts voraus. Vom Standpunkt dieses Rechtsbegriffs ist die These berechtigt und nicht zu widerlegen. Sie ist die einzig mögliche Folgerung, die daraus gezogen werden kann. Es ist besser, die Anwendung des positivistischen Rechtsbegriffs auf die Kirche abzulehnen, als sich für die Möglichkeit eines positivistischen Kirchenrechts einzusetzen. Insofern enthält die These Sohms eine echte Erkenntnis. Man kann sie aufrechterhalten, wenn man sie einschränkt und auf die konkrete Situation des 19. Jahrhunderts bezieht. Sie würde alsdann lauten: Das Wesen des positivistischen Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch.

Damit erhält die These Sohms ein völlig neues Gesicht. Sie richtet sich polemisch gegen den Rechtsbegriff des Rechts. Der Rechtsbegriff des Rechts ist für das Kirchenrecht nicht brauchbar. Dasselbe gilt für die „juristische" Methode im Kirchenrecht. Das Kirchenrecht im Sinne eines Friedberg und anderer, ferner die „objektive" und die „wissenschaftliche" Behandlung des Kirchenrechts hat Sohm mit Recht kritisiert[1]).

Das gilt für sämtliche Merkmale des Rechtsbegriffs des Rechts. Die Lehre, daß nicht der Inhalt der Rechtsordnung sittlich notwendig sei, sondern nur ihre Geltung, muß die Ablehnung des Kirchenrechts zur Folge haben. Hier muß es sich als unerträglich erweisen, daß eine Rechtsordnung, die des sittlichen Gehalts entbehrt, dennoch eine sittliche Verpflichtung erzeugen soll[2]). Die Bedeutung und das Verdienst der These Sohms sind darin zu erblicken, daß er auf dem Gebiete des Kirchenrechts die Folgerungen aus der Trennung von Recht und Sittlichkeit gezogen hat.

Ebenso ist ein Kirchenrecht, dessen Wesen in der reinen Technizität und instru-

[1]) Kirchenr. I, S. X; II, S. 14 ff. — [2]) Kirchenr. II, S. 52.

mentalen Neutralität besteht, für die Kirche nicht brauchbar. Wenn man davon spricht, daß nach Sohm religiöse Wahrheiten rechtliche Struktur nicht annehmen können, so ist der Sinn dieser Interpretation dahin richtigzustellen, daß der technische Formbegriff des Rechts im Rechtssinne der inneren Wesensform der Kirche widerspricht[1]).

Wie der Rechtsbegriff des Rechts, so ist auch die imperativische Zwangsnorm im Kirchenrecht nicht am Platze. Schon in „Staat und Kirche" hatte Sohm gesehen, daß die Kirche als „Heilsanstalt" nicht „Rechtsanstalt" sein kann, während der Begriff der Kirche „im Rechtssinn" „durch Rechtssätze" gegeben war[2]). Die Ausführungen seines Kirchenrechts beginnen mit der Feststellung, daß das Wesen der Kirche geistlich, das Wesen des Rechts aber weltlich sei, und erläutern diese Behauptung näher dahin: „Die Kirche hängt an der sachlichen Wahrheit, d. h. daran, daß in Wahrheit Gottes Wort und Gottes Wille verkündigt, der Welt dargebracht, in Wirksamkeit gesetzt werde[3])", während das Recht an der Form hängt und auf konkrete Gerechtigkeit und Sachgemäßheit nicht Rücksicht nimmt. Immer wieder stellt Sohm das geistliche Wesen der Kirche der imperativischen Zwangsnorm entgegen: der Bindung an die Norm die Bindung an die konkrete Person, der Erzwingbarkeit des positiven Gesetzes die bloß „faktische" bzw. „moralische" Gewalt der kirchlichen Auktorität, der Berechenbarkeit und Meßbarkeit der „Rechtspflicht" den freien Gehorsam der Liebe[4]).

Die voluntare Setzung des Positivismus bringt ein rein weltliches und menschliches Recht hervor. Ein charismatischer oder pneumatischer Rechtsbegriff wäre für das positivistische Rechtsdenken unvollziehbar. „Das Recht vermag immer nur menschliche Herrschaft, irdischer, fehlbarer, der Zeitströmung unterworfener Natur hervorzubringen[5])". Das Recht ist nicht, wie im Ausspruch des Demosthenes, den der römische Jurist Marcian zitiert und der Kaiser Justinian in die Digesten übernommen hat, ein Geschenk der Götter[6]). Es kann daher auch kein „göttliches" Kirchenrecht geben. Die metaphysische Fundierung des Rechtsbegriffs ist freilich, woran hier erinnert werden muß, kein Sondergut der Griechen und Römer und erst recht nicht der Byzantiner, sondern Gemeingut der arischen Völker. Das ist das Ergebnis der rechtsgeschichtlichen Forschungen von B. W. Leist, der den sprachlichen und sachlichen Zusammenhang von Recht und Heil, jus und salus ermittelt hat[7]); ein Zusammenhang, der in Formeln wie Sol Justitiae und Sol Salutis, oder in der kirchlichen Akklamation: Dignum et justum, aequum et salutare und in der Zuordnung von justificatio und actus salutaris, noch zu erkennen ist.

Der Rechtslehre des Positivismus entspricht ein Rechtsbegriff, der dieser alt-

---

[1]) Vgl. Barion, Rudolph Sohm, S. 13. — [2]) Staat und Kirche, S. 49 und 23. — [3]) Kirchenr. I, S. 1.
[4]) Kirchenr. I, S. 27, 53, 67, 281, 336, 377, 381, 453, 455, 460. — [5]) Kirchenr. I, S. 1. — [6]) Dig. 1, 3, 2.
[7]) Gräcoitalische Rechtsgeschichte, S. 509, 514. Vgl. auch Klöppel, Gesetz und Obrigkeit, S. 21.

arischen Auffassung gerade entgegengesetzt ist[1]). Es wäre auch schwer einzusehen, wie etwa ein Jolson, ein Laband oder ein Friedberg sich zu einem altarischen, Rechtsbegriff hätten bekennen sollen. Sohm hat den Rechtsbegriff des Positivismus kurz und bündig in die Formel: Summum jus summa injuria, zusammengefaßt. Es ist klar: wenn das Recht nicht mehr seinem Wesen nach „Heil" ist, so kann das „Heil" nicht Recht sein, und die Kirche kann dann auch keine rechtliche Verfassung dulden. Der Satz: Summum jus summa injuria kann für die Kirche nicht gelten.

Die Kirche kann endlich keine Zwangsgemeinschaft sein. Nach der Auffassung Sohms ist die katholische Kirche Zwangsgemeinschaft, weil sie alle Getauften ohne Rücksicht auf deren Zustimmung für sich in Anspruch nimmt und der Geltung ihres Kirchenrechts unterwerfen will. Daß Sohm die Kindertaufe als Zwang ansieht, hängt mit seiner Leugnung des Naturrechts zusammen. Geht man von der realen Naturordnung, von Familie und Volk aus, so entfällt der Zwang, sofern die Eltern und das Volk der Taufe zustimmen. Nach Sohm ist die Praxis der katholischen Kirche aber nicht nur aus religiösen Gründen verwerflich; sie hat darüber hinaus auch geschichtlich durch die Einführung der obligatorischen Zivilehe eine entscheidende Widerlegung erfahren[2]).

Es kommt an dieser Stelle nicht darauf an, die Einzelheiten dieses komplizierten, übrigens bei Sohm unausgeführten und lückenhaften Gedankenganges darzulegen, dessen Ergebnis von der kirchenrechtlichen Wissenschaft abgelehnt worden ist[3]). Es genügt, zu sagen, daß dieses Ergebnis einer Forderung Sohms entspricht, die sich aus der Gegensätzlichkeit, die zwischen dem Kirchenbegriff und dem Begriff der Zwangsnorm besteht, ergeben mußte. „Aus religiösen Gründen ist die Trennung von Recht und Religion zu fordern[4])". In einem Nachruf auf Emil Friedberg werden die Verdienste hervorgehoben, die sich der Verblichene um die theoretische Fundierung der obligatorischen Zivilehe erworben hatte: „Das Buch Friedbergs" — gemeint ist: Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung (1865) — „hat mit dazu beigetragen, daß die obligatorische Zivilehe in das preußische Recht (1874), sodann in das deutsche Reichsrecht (1875) eingeführt wurde. Es hat dazu mitgeholfen, die von der neuzeitlichen Entwicklung erstrebte Scheidung des Rechtlichen und Religiösen an dieser Stelle durch-

[1]) Ein schönes Beispiel bei F. Pringsheim, Zeitschr. Sav. St., Rom. Abt. 52, S. 88. Hier wird ausgeführt, daß die Formel „bonum et aequum" überall dort auftritt, wo die Grenze des „rein Rechtlichen" überschritten wird. Nur wird übersehen, daß das Recht seinem Wesen nach diese Grenze immer überschreitet.

[2]) Kirchenr. II, S. 119, 125.

[3]) U. Stutz, Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 13, S. 550; H. Eppler, Quelle und Fassung, S. 51 Anm. 154. Der letztgenannte Autor begründet seinen Widerspruch damit, daß Sohm die religiös-politische Betrachtung mit der theoretisch-soziologischen verwechsele. Auf eine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung kann hier um so mehr verzichtet werden, als Eppler jeden, der nicht von einer Gleichgewichtslage des Verhältnisses von Staat und Kirche ausgeht, als politisch bzw. unwissenschaftlich bezeichnet, als ob es wissenschaftlich wäre, sich gegenüber der Frage, welches Recht im konkreten Falle gilt, nicht zu entscheiden (S. 60).

[4]) Bürgerl. Recht, S. 134.

zusetzen[1])". Auch die katholische Kirche vermag nunmehr nach Sohm den Geltungsbereich ihrer Rechtsordnung nicht mehr von sich aus zu bestimmen. Wenn auch die kirchlichen Verpflichtungen in Beziehung auf Taufe und Trauung gemäß § 82 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 durch das staatliche Recht „nicht berührt" werden, so erfährt doch der Herrschaftsanspruch der Kirche seitens des Staates keine positive Förderung und keinen Schutz mehr. Der Staat ist nicht nur die einzige sittlich notwendige Gemeinschaft, er ist auch die einzige Zwangsgemeinschaft, die imstande ist, den Geltungsbereich ihrer Normen selbstherrlich zu bestimmen.

Sohm hat die Einführung der obligatorischen Zivilehe als Kampfmaßnahme gegenüber der katholischen Kirche aufgefaßt und den Kampf prinzipiell begrüßt, wenn er sich auch über den praktischen Wert der Maßnahme an anderer Stelle weniger günstig geäußert hat[2]). In der Beurteilung des Verhältnisses der evangelischen Kirche zur obligatorischen Zivilehe ist seine Stellungnahme nicht frei von Unklarheiten.

In der Schrift „Die obligatorische Zivilehe und ihre Aufhebung[3])" fordert Sohm die Ersetzung der obligatorischen Zivilehe durch die fakultative Zivilehe, und zwar wird diese Forderung gleichzeitig vom Standpunkt des „wahren" Liberalismus und von demjenigen des lutherischen Protestantismus aus begründet[4]). Beide Begründungen widersprechen sich, denn der Liberalismus, und zwar gerade der „wahre", fordert Trennung von Recht und Religion, während das System zweier „gesonderter Rechtskreise" den Überlieferungen der lutherischen Kirche nach Sohm gerade widerspricht, so sehr es den Rechtszuständen entspricht, die bei den Reformierten Schottlands und in den „sektiererischen Übertreibungen" Cromwells und der „independentisch-puritanischen" Richtung herrschend geworden sind[5]). Als Lutheraner sieht Sohm klar, daß gerade die Indifferenz von Recht und Religion dem Kirchenbegriff widerspricht. Der Staat hat ohne Unterscheidung eine gegen die katholische Kirche gerichtete Kampfmaßnahme in ihrer Wirkung auf die evangelisch-lutherische Kirche erstreckt[6]). Sohm erblickt darin eine Vergewaltigung „zugleich der christlichen Sitte und des nationalen Rechtsbewußtseins[7])". Als Beispiel führt er an den Widerspruch zwischen dem kirchlichen Trauungsakt, in welchem die Braut mit ihrem Geburtsnamen und dem Prädikat „Jungfrau" angeredet wird, und der vorhergehenden staatlichen „Eheschließung", die das Recht der vollen Lebensgemeinschaft bereits hervorbringt[8]).

Hier widerspricht nicht nur in der nämlichen Schrift der Liberale dem Lutheraner, sondern es besteht auch ein Widerspruch der lutherischen Auffassung dieser Schrift zu derjenigen in „Trauung und Verlobung". Auch in „Trauung und Verlobung" sieht Sohm, daß „die evangelische, und zwar vor allem die evangelisch-

[1]) DJZ. 1909, Sp. 1062. — [2]) Obligatorische Zivilehe, S. 5 ff., bes. S. 9. — [3]) Weimar 1880. — [4]) S. 31. [5]) S. 32. — [6]) S. 9. — [7]) S. 35. — [8]) Obligatorische Zivilehe, S. 20 ff., 34 ff.

lutherische Kirche von einer, Kirchliches und Politisches in gleichem Maße als ihr Machtgebiet, begehrenden Bewegung zum Angriffsobjekt erkoren" ist, „um ihr ihre kirchliche Trauung zu entreißen. Denn man weiß es dort instinktiv, daß gerade in dieser Kirche trotz ihrer Knechtsgestalt die beste Kraft der wahren Kirche lebendig ist[1])". In diesem Zusammenhang wird abermals der Name Friedberg genannt, der darüber zu „lächeln" sucht, daß man in der evangelischen Kirche an dem alten Trauformular aus dem 16. Jahrhundert festhält[2]). Aber zu gleicher Zeit macht Sohm den Versuch, in der Konsequenz einer scharfen Unterscheidung der rechtlichen und der ethischen Seite der Ehe den Zivilakt als „altdeutsche Verlobung in moderner Form" zu deuten[3]). Zwar hat die Tätigkeit des Standesbeamten offenbar keinerlei „symbolische" Bedeutung, soll aber dennoch aus einem „Solennitätsgedanken" zu erklären sein[4]). So kann Sohm dem Zivilakt außer seiner juristischen Bedeutung sogar noch eine hohe ethische Bedeutung zuerkennen: „Mit dem Zivilakt verbindet sich die Heiligkeit des Rechtsgesetzes, das volle Gewicht des Moments, welcher die Ehe zur Ehe im Rechts- und Wortsinn des Worts, zu dem ‚gesetzlichen Bund', der rechtmäßigen Vereinigung von Mann und Weib erhebt[5])". Nur dazu ist der Zivilakt nicht imstande, „den ethischen Gehalt der Eheschließung zu erschöpfen[6])".

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß Sohm in seinen zivilistischen Schriften die Ehe rechtlich als „Rechtsgeschäft" konstruiert. Die Trennung von Recht und Ethik hat hier noch die weitere Folge, daß die Ehe von der moralischen Seite her einer individualistischen Auffassung ausgeliefert wird. Die Ehe wird zu einem Bund „ebenbürtiger, gleich urteilsfähiger Persönlichkeiten[7])". So lautet die These schließlich: „Weder die Ehe noch das Christentum ist durch die Zivilehe geschädigt worden". Auch hier wird allerdings noch daran festgehalten: „Selbstverständlich ist es ein Bedürfnis des Christen, an dem Tage, der zu den Höhepunkten seines irdischen Lebens zählt, vor Gottes Angesicht zu treten, den Bund der Liebe unter Gottes Wort zu stellen". Aber es erscheint bei dieser Konstruktion der Eheschließung als „Rechtsgeschäft" und „rein weltliche Handlung" als mehr oder minder zufällig, daß gerade sie durch das göttliche Gnadenlicht „vergoldet" wird[8]).

Am Beispiel der obligatorischen Zivilehe läßt sich zeigen, daß Sohm nicht überall mit vollkommener Konsequenz den Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts abgelehnt hat. Weitere Beispiele ergeben sich aus dem Verhältnis der „Wissenschaftlichkeit" zur Kirche und ferner aus der Bedeutung der Konventionalregel innerhalb der kirchlichen Verfassung.

---

[1]) S. 136. — [2]) Vgl. aber die loyale Erklärung, S. 122 Anm. 17. — [3]) S. 132. — [4]) S. 131. — [5]) S. 134. [6]) S. 135. — [7]) Bürgerl. Recht, S. 135.

[8]) A. a. O., S. 132. — Der Ausdruck „vergolden" wird hier gebraucht, um anzudeuten, daß sich Sohm an dieser Stelle auf den Boden der in der Barocktheologie (Molina) üblichen Entgegensetzung von Natur und Gnade begibt. — Im übrigen soll weder nach der Auffassung Sohms (Obl. Zivilehe, S. 37) noch auch nach derjenigen des Textes gegen den Einfluß des Staates auf das Ehe- und Familienrecht polemisiert werden.

Daß die Wissenschaft Gegnerin des Katholizismus ist, hat Sohm richtig erkannt[1]). Nicht dagegen hat er erkannt, daß sie Gegnerin der Kirche selbst ist. Er betrachtet sie ausschließlich als Verbündete im Kampf gegen das katholische Kirchenrecht. Nur an einer Stelle, gleichsam wider Willen, spricht er davon, daß die „ihrer selbst sich bewußt werdende Einzelpersönlichkeit", die „die höheren Ziele des Bildungslebens ergreift", „den Göttern die Fackel entwendet[2])". Diese Äußerung geschieht nicht mit prinzipieller Bewußtheit, sondern wie viele andere im 19. Jahrhundert in einer Art von Somnambulismus. Sohm legt ein unwillkürliches Bekenntnis zur positivistischen Wissenschaftskirche ab. Schon für die Schrift „Staat und Kirche" gilt der Ausspruch Hegels, daß sich die Wissenschaft „zur Prätension einer Kirche erhoben" hat.

Bei der Betrachtung des Verhältnisses von Kirche und Konventionalregel zeigt sich, daß Sohm das individualistische Element des positivistischen Rechtsdenkens als solches für die Kirche nicht abgelehnt hat. Seine Ablehnung betrifft vielmehr nur gewisse Konsequenzen, die sich aus der individualistischen Weltanschauung für die Jurisprudenz ergeben. Nur eine Rechtsordnung nach Art des staatlichen Rechts ist mit dem Wesen der Kirche unvereinbar, nicht dagegen eine Konventionalregel nach Art der gesellschaftlichen Sitte oder der Vereinsverfassung. Das ist zum mindesten die Auffassung, die aus dem zweiten Bande des Kirchenrechts herausgelesen werden muß. Sohm betont hier, daß nicht der Inhalt des katholischen Kirchenrechts mit der Kirche unvereinbar ist, sondern nur die spezifische Art seines Geltungsanspruchs[3]). Die auf Konvention gestellte Ordnung erhebt diesen Anspruch nicht, sondern gilt nur kraft freiwilliger Unterwerfung. Auf sie hat Sohm seine These nicht ausgedehnt[4]). Das bedeutet, daß die stereotypen Wendungen, mit denen im ersten Bande des Kirchenrechts die Rechtsordnung als ein System imperativischer Normen, ausgerüstet mit Geltungszwang und Erzwingbarkeit, aber noch ohne das Merkmal der selbstherrlichen Geltung, für mit dem Wesen der Kirche unvereinbar erklärt wurde, von Sohm späterhin nicht mehr in derselben Form aufrechterhalten worden sind. Ein neues inhaltliches Moment ist in den Rechtsbegriff aufgenommen, dessen Umfang sich gleichzeitig verringert, so daß Vereinsverfassung und gesellschaftliche Sitte nicht mehr umfaßt werden. Eine Andeutung dieser Position ist übrigens schon im ersten Bande des Kirchenrechts zu finden, wo mit unzulänglichen Argumenten der Zwangscharakter des lutherischen sogenannten kleinen Bannes verneint wird[5]).

An der letzgenannten Stelle behauptet Sohm, daß der Zwangscharakter einer Maßnahme durch den seelsorglichen Zweck ausgeschlossen werde. Er widerspricht damit seinem eigenen kirchenrechtlichen Ausgangspunkt[6]). Er hatte ja gerade dem

---

[1]) Wesen und Ursprung, S. 22 f. — [2]) Bürgerl. Recht, S. 66 f. — [3]) Kirchenr. II, S. 150. — [4]) So auch die Interpretation Barions, Rudolph Sohm, S. 22. — [5]) Kirchenr. I, S. 522, 528. — [6]) Vgl. Wesen und Ursprung, S. 17 f.

katholischen Kirchenrecht vorgeworfen, daß hier zu seelsorglichen Zwecken ein Zwang geübt werde. Die transzendentale Herrschaftsgewalt des Klerus über die Gläubigen, die Gliederung der Kirche in zwei „Stände", d. h. in zwei Klassen, die sogenannte Anstaltstheorie hatte er zutreffend als das spezifische Wesen des von ihm sogenannten Neukatholizismus, d. h. der nachgratianischen, mit dem Magister Roland und späteren Papst Alexander III. anhebenden Epoche des katholischen Kirchenrechts erkannt und kritisiert[1]). Man braucht nur folgende Äußerung des Kardinals Bellarmin zu lesen, um zu sehen, wie sehr Sohms Schilderung des Neukatholizismus der geschichtlichen Wirklichkeit entspricht: „Quid? Pastores ovium solum pabulum illis praebent? nonne etiam regunt et baculo cogunt, ut pareant? Et sane qui pascuntur in virga ferrea verissimam potestatem in pastore suo esse negare non possunt[2])". Das Bild vom Hirten wird hier zu einer Transzendenz ausgeformt, die nicht nur Luther, dessen „ratiunculae" von Bellarmin bekämpft werden, sondern auch dem Mittelalter fremd ist. Im Neukatholizismus erfährt das von Thomas von Aquin für die Civitas aufgeworfene Problem: „Duo sunt attendenda: quorum unum est, ut omnes aliquam partem habeant in principatu; per hoc enim conservatur pax populi, et omnes talem ordinationem amant et custodiunt[3])", keine umständliche Behandlung mehr.

Sohm hat die Position des Neukatholizismus zuletzt selbst wieder eingenommen. Sein Kirchenbegriff ist durch die Dialektik von Staat und Gesellschaft beeinflußt. Das staatliche Recht wird abgelehnt, nicht aber die Konventionalregel der bürgerlichen Gesellschaft. Wenn die Unterscheidung von Rechtsregel und Konventionalregel fällt, so kann das ganze neukatholische Kirchenrecht, soweit es jus humanum ist, wieder in die sichtbare Christenheit einströmen. Sohm hätte kein Argument gegen diese Möglichkeit zur Verfügung.

Trotz der Ablehnung des positivistischen Rechtsbegriffs wird die imperativische Zwangsnorm in der Form der Konventionalregel als weltliche Kirchenordnung zugelassen. Gewiß: die bürgerliche Gesellschaft ist nicht die Kirche Christi. Wohl aber ist sie, soweit ersichtlich, der einzige Tatbestand in der sichtbaren Welt, der dem Wesen der Kirche nicht widerspricht. Sie ist die einzige Form eines menschlichen Gemeinlebens, die sich mit der pneumatischen Anarchie, wie sie nach Sohm in der Kirche Christi herrscht, in Parallele setzen läßt[4]).

Diese Erörterungen zeigen, daß Sohms Kirchenrecht an die bürgerliche Gesellschaft gebunden ist. Überhaupt ist die Frage nach der Möglichkeit des Kirchenrechts ein typisches Problem des 19. Jahrhunderts. Sie muß auftreten, sobald der rechtswissenschaftliche Positivismus das konkrete Ordnungsdenken verdrängt und

---

[1]) Kirchenr. II, S. 232, 251. — [2]) Disputationes, tom. I contr. III, lib. 1, cap. 15.
[3]) Summa theol. Ia—II, 105, 1; dazu Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 6, in Verbindung mit Ign. Eschmann, Der Begriff der Civitas bei Thomas von Aquin, Catholica 1934, S. 83 ff.
[4]) Wesen und Ursprung, S. XXXI.

beseitigt hat. So wird es auch erklärlich, daß Sohms kirchenrechtliche These hauptsächlich die gebildeten Kreise beschäftigt und beunruhigt hat[1]). Das Problem der Möglichkeit des Kirchenrechts ist ein wissenschaftliches und Bildungsproblem. Dies um so mehr, als sich aus der Annahme des Sohmschen Kirchenprogramms irgendwelche praktische Folgerungen nicht ergeben[2]). Die Wirkungen erstrecken sich nicht weit über die „historische" Wissenschaft hinaus. Auch hier hat die Herrschaft der bürgerlichen Gesellschaft den Inhalt mancher „wissenschaftlichen" These bestimmt. Es sei daran erinnert, daß Sohm die Vorstellungen von Bildung und Besitz gelegentlich bis in die Urgemeinde zurückdatiert hat. So polemisiert er an einer Stelle mit einem von E. Loening übernommenen Argument gegen die Annahme, die heidnische Vereinsverfassung sei für die Verfassung der christlichen Gemeinde vorbildlich gewesen: „Es ergibt sich . . ., daß die Verachtung in welcher die große Menge der Vereine wegen der durch sie beförderten Unsittlichkeit und abergläubischen Art bei allen Gebildeten stand, jeden Gedanken daran ausschließt, daß die christliche Gemeinde sich solche Vereine zum Muster ihrer Verfassung erwählt hätte[3])".

Neben der wissenschaftlichen Wirkung der These Sohms ist noch eine analoge „stimmungsmäßige" Wirkung zu registrieren[4]). Auch die „stimmungsmäßige" Wirkung ist auf die bürgerlichen Schichten von Bildung und Besitz angewiesen. Sohm ist auf dem Gebiete des Kirchenrechts wohl ein theoretischer Anarchist, aber kein kirchlicher oder auch nur theologischer Reformator. Er erzeugt „Stimmung" und liefert Anlässe für ein „religiöses Erlebnis". Oder mit einer sehr glücklichen Formulierung Barions: er bewirkt „neben der intellektuellen Spannung auch eine Erregtheit des Gemütes[5])". Es kann aber nicht übersehen werden, daß die Formeln Stimmung, Erlebnis, Spannung, Erregtheit des Gemütes, spezifisch bürgerliche Affekte und Passionen umschreiben.

Aus dieser Bestandsaufnahme des Sohmschen Kirchenrechts ist nunmehr die Folgerung für eine Gesamtwürdigung der kirchenrechtlichen Leistung Sohms zu ziehen.

II. Der Ansatz konkreten Ordnungsdenkens bei Sohm

Sohms Kirchenrecht enthält einen Ansatz echten konkreten Ordnungsdenkens. Dieser Ansatz schlägt jedoch dialektisch in den bloßen Gegensatz zum umgebenden kirchenrechtlichen Positivismus um.

---

[1]) Vgl. die Aufzählung bei Holstein, Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts, S. 220.
[2]) Das beweist gerade die Apologie E. Försters, Zeitschr. f. Kirchengesch. 11, S. 339.
[3]) Kirchenr. I, S. 10 Anm. 1. Das Wort, daß das Kreuz Christi den Juden, d. h. den Besitzenden, ein Ärgernis, und den Griechen, d. h. den Gebildeten, eine Torheit ist, wird durch das Argument Loenings selbst zum Ärgernis und zur Torheit.
[4]) Holstein, a. a. O. — [5]) Rudolph Sohm, S. 6.

1. Kirche und Kirchenrecht

Der Ansatz eines echten konkreten Ordnungsdenkens bei Sohm liegt darin, daß er das geistliche Wesen der Kirche zum Ausgangspunkt seiner Fragestellung nach der Möglichkeit des Kirchenrechts gemacht hat. So gelangt er zu der zutreffenden Erkenntnis, daß das Kirchenrecht vom Kirchenbegriff abhängig sein muß[1]). Ist das Wesen des Rechts weltlich, dann kann es kein Kirchenrecht geben. Dieser Ansatz Sohms ist für ein konkretes Ordnungsdenken unangreifbar.

Sohm erkennt weiter zutreffend, daß das Kirchenrecht der sogenannten altkatholischen Zeit, nämlich des ersten Jahrtausends nach Christus, nur Jus divinum sein konnte, weil die Kirche selbst ihrem Wesen nach göttlich war[2]). Dagegen wird in der Epoche des Neukatholizismus das göttliche Wesen der Kirche verkannt. Hier läuft neben dem göttlichen Kirchenrecht ein rein menschliches und weltliches Kirchenrecht als selbständige und konkurrierende Rechtsquelle einher. Dieses Jus humanum verdankt seine Entstehung der Kirche „als solcher" und wird nur mittelbar auf die Auctoritas divina zurückgeführt, sofern in der Stiftung der Kirche der Auftrag und die Vollmacht zur autonomen Rechtssetzung als societas perfecta erblickt wird. Dieses Recht ist formell, seinem Wesen nach, ebensowenig göttliches Recht wie etwa das staatliche Recht. Unterscheidet man die Kirche „als solche" von der Auctoritas divina, so wird das Kirchenrecht zu einem Sonderfall eines allgemeinen Assoziationen-, Verbands- und Gesellschaftsrechts. Auf die göttliche Stiftung kann man sich einer solchen Deduktion gegenüber nicht mehr berufen. Die Dialektik der beiden Rechtsquellen zeigt ja gerade, daß die göttliche Stiftung nur noch als positivistische „Setzung" gefaßt wird, derart, daß sich die kirchliche „Heilsanstalt" im Augenblick ihrer Entstehung von ihrem Urheber löst, um als selbständige Apparatur und „machina machinarum" fortzuexistieren. Das sogenannte neukatholische Kirchenrecht ist damit in seinem Kern schon Religionsgesellschaftsrecht. Entfällt der Deus deisticus, dann bleibt nur noch weltliches Religionsgesellschaftsrecht übrig.

Diese geschichtliche Erkenntnis Sohms setzt ein konkretes Ordnungsdenken voraus. Der klarste Ausdruck eines solchen Denkens bei Sohm ist wohl die These, daß das altkatholische Kirchenrecht mit Einschluß des Dekrets seinem Wesen nach Sakramentsrecht ist[3]). Ist die Kirche ein Sakrament, will man mit Eph. 5, 32 Ernst machen und nicht eine phantastische Behauptung oder „Gelegenheitsäußerung[4])" darin erblicken, nimmt man an, daß das eucharistische Opfer das Herzstück der Kirche ist, so ist das Kirchenrecht notwendig Sakramentsrecht. Sieht man dagegen das Wesen der Kirche in andern Tätigkeiten, so kann man jene These nicht an-

---

[1]) Kirchenr. I., S. XI, und dazu treffend Barion, a. a. O., S. 26.
[2]) Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians, Festschr. f. Wach, Leipzig 1918, S. 95 ff.
[3]) A. a. O., S. 8 ff., 36 ff., 51 ff., 56 ff.
[4]) Siehe N. Lämmle, Beiträge zum Problem des Kirchenrechts, S. 38.

nehmen und muß zu einer andern Begriffsbestimmung des Kirchenrechts gelangen. Das tut die neukatholische Kanonistik in der Tat[1]).

Die Frage ist in ihrem Kern eine theologische und gehört als solche nicht in diesen Zusammenhang. Nur muß vom Standpunkt eines konkreten Ordnungsdenkens bemerkt werden, daß das Kirchenrecht entweder göttliches Recht ist oder aber überhaupt kein Recht, wenn vom Begriff der Kirche als einer göttlichen Institution ausgegangen wird. Die Formel: Jus divinum et apostolicum, kann dann nur kopulativ, nicht aber disjunktiv verstanden werden. Von einem rein menschlichen bzw. rein weltlichen Recht könnte nur in dem herabsetzenden Sinne gesprochen werden, in dem Joh. 8, 44 gesagt wird: Cum loquitur mendacium, ex ipso loquitur. Das wäre Recht im Rechtssinne einer summa injuria. Dagegen ist es für ein konkretes Ordnungsdenken nicht zulässig, zu sagen: Sind die Rechtsnormen nicht göttlicher Herkunft, so müssen sie auf den Papst zurückgeführt werden können[2]). Das wäre ein schlechtes Kompliment für die päpstliche Auktorität. Richtigerweise muß sich die päpstliche Entscheidung an einem jus divinum legitimieren, nicht aber kann sie dieses ersetzen und überflüssig machen[3]).

2. Der dialektische Gegensatz des Positivismus

Der institutionelle Ansatz in Sohms Kirchenrecht ist damit sichtbar gemacht. Es ist jedoch bei einem Ansatz geblieben[4]). Das Denken Sohms schlägt sofort dialektisch um in den bloßen Gegensatz zum umgebenden kirchenrechtlichen Positivismus. Der Gegensatz ist aber vom „Satz" abhängig und als bloße Konversion logisch durch diesen bedingt. Sohm hat die Unzulänglichkeit des rechtswissenschaftlichen Positivismus im Kirchenrecht erkannt, aber die Folgerung, die er aus dieser Erkenntnis zieht, ist unrichtig. Statt zu folgern, daß der Positivismus nicht „juristisch" sei, schließt Sohm umgekehrt, daß das „Recht" mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch stehe. Das rechtswissenschaftliche Denken hört da auf, wo das konkrete Ordnungsdenken beginnt[5]). Das gilt aber in Wahrheit nur für das positivistische Rechtsdenken. Für dieses ist es von Sohm zutreffend nachgewiesen, aber über das Verhältnis der Kirche zu einem anders gearteten Rechtsdenken ist damit nichts ausgemacht.

---

[1]) Um die Ablehnung der These Sohms hat sich eingehend bemüht F. Gillmann, Arch. f. kath. Kirchenr. 106, S. 472 ff. Doch muß er einräumen, daß der Sakramentsbegriff Gratians weiter ist als der heutige (S. 489. Anm. 1). Stutz, Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 8, S. 243, bestreitet, daß nach altchristlicher Auffassung die Kirche Sakrament sei, was sich durch Eph. 5, 32, erledigen dürfte.

[2]) G. Phillips, Lehrb. d. Kirchenr., 3. Aufl., S. 3.

[3]) Anders die herrschende Lehre, vgl. die Lehrbücher von Groß-Schueller (7. Aufl., S. 3); Vering (3. Aufl., S. 3); Eichmann (3. Aufl., S. 10); Sägmüller (4. Aufl. I, 1, S. 6).

[4]) Vgl. die Bemerkung von O. v. Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat, S. 38 Anm. 2, die ein typisches Faktum enthüllt.

[5]) Vgl. Holstein, Grundlagen, S. 228: die juristische Betrachtung muß angeblich dort aussetzen, „wo die Wesens- und Geistkirche zu positiver Entfaltung der Christus gegebenen Geistlebens kommt".

Die These Sohms ist bloße Antithese zum Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts, aber nicht dessen prinzipielle Überwindung. Sohm flüchtet in ein Paradoxon: Das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch. Immerhin liegt darin, daß Sohm die Prinzipien des 19. Jahrhunderts bis zur bewußten Formulierung eines Paradoxons durchgedacht hat, eine Leistung, die Anerkennung verdient. Der gesamten kirchenrechtlichen Forschung seiner Zeit erweist er sich damit überlegen. Er denkt seine Prinzipien bis zum Ende, d. h. bis zur Auflösung und Vernichtung. Man darf sagen, daß Sohm auf dem Boden des Kirchenrechts ein echter Anarchist ist[1]). Der echte Anarchist sieht immerhin noch mehr als der „reine" Positivist. Der letztere erkennt ja nicht einmal die paradoxe und insofern scherzhafte Natur seiner eigenen Sätze. Mit Recht hat Barion bemerkt, daß die Gedankengänge Sohms nicht „das wissenschaftlich belanglose Spiel eines Außenseiters mit Paradoxien" sind[2]). Sie sind Paradoxien, aber Sohm spielt nicht mit ihnen, und es sind nicht Paradoxien eines Außenseiters, sondern Sohm ist im Gegenteil ein legitimer Sohn seiner Zeit. Für den „reinen" Positivisten ist die Paradoxie eine selbstverständliche Existenzform. Sohm hat die innere Problematik einer solchen Existenz erkannt.

Seine Leistung wird erst dann nach Verdienst gewürdigt, wenn man sie mit den Ergebnissen der zeitgenössischen „Wissenschaft" vergleicht. In ihrer extremen Radikalität hat Sohms These fast überall einen instinktiven Widerstand hervorgerufen. Der Widerstand, dem Sohm mit seiner These sowohl auf katholischer als auch auf protestantischer Seite begegnet, ist nur das Erschrecken, das durch die Enthüllung der Konsequenzen einiger überlieferter und scheinbar bequemer und ungefährlicher Positionen hervorgerufen wird. Am liebsten sähe man in seiner These einfach ein Mißverständnis[3]). Der Ausdruck Mißverständnis ist aber fehl am Platze, wenn er eine zufällige Belanglosigkeit bezeichnen soll. Die Ausmaße und Folgen müßten zu denken geben. Das von Sohm gestellte Problem hat trotz seiner Mißverständlichkeit nunmehr durch mehr als vier Dezennien die Geister beschäftigt und eine umfangreiche und beträchtliche Literatur hervorgerufen. Mag man den Wert dieser Bemühungen auch gering veranschlagen, und das tut man hier allerdings, gleichwohl geschieht ihnen Unrecht, wenn man sie auf ein Mißverständnis zurückführen will.

Den Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts hat Sohm mit allen seinen Gegnern gemeinsam. Den Standpunkt der katholischen Kanonistik kann man in folgende Formel zusammenfassen: Der Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts steht mit dem Wesen der Kirche keineswegs im Widerspruch, sondern ist ihr durchaus angemessen und notwendig. Der Gegensatz zu Sohm ist damit so groß als es bei der Gemein-

[1]) Wesen und Ursprung, S. 54. — [2]) Rudolph Sohm, S. 7.

[3]) So die Herausgeber des zweiten Bandes seines Kirchenrechts, S. IV. Ähnlich anscheinend O. Koellreutter, Grundr. der Allg. Staatslehre, S. 203; seine Bemerkung, die Sohms Kirche Christi in den Plural setzt, dürfte selbst auf einem Mißverständnis beruhen.

samkeit der Prinzipien möglich ist. Daraus ist es wohl zu erklären, daß die Auseinandersetzung mit Sohm hier nur wenig Kraft in Anspruch genommen hat. Noch im Jahre 1933 ist man damit beschäftigt, die Vorarbeiten für eine eingehende Widerlegung Sohms „vom katholischen Standpunkt" zu leisten[1]), nicht aber damit, die Widerlegung selbst bereits in Angriff zu nehmen. Weder die gewöhnlich an der Sache vorbeigehenden knapp gehaltenen Bemerkungen in den Lehrbüchern noch die Besprechungen in den Fachzeitschriften noch die Versuche, dem von Sohm beigebrachten Material andere Materialsammlungen entgegenzustellen, können als entscheidender sachlicher Fortschritt gebucht werden.

Angesichts des Rechtsbegriffs, von dem die katholische Kanonistik ausgeht, dürfte es für die nächste Zeit noch bei bloßen Prolegomena zu einer Auseinandersetzung mit Sohm bleiben. Hinsichtlich der imperativischen Norm herrscht hier völlige Problemlosigkeit, in der Frage der Erzwingbarkeit eine gewisse Problematik; der Unterschied gegenüber Sohm liegt darin, daß man sich zur genossenschaftlichen Rechtstheorie bekennt. Die Kirche ist als Gesellschaft zur Rechtssetzung befugt. Sie ist nicht nur Gesellschaft, sondern darüber hinaus vollkommene Gesellschaft, societas perfecta. Das Wesen der societas perfecta liegt in der Unabhängigkeit und Selbständigkeit gegenüber dem Staat. Die Perfektion besteht in der Loslösung von der Grundlage der Existenz der Nation. Staat und Kirche sind zwei getrennte societates perfectae et in genere suo maximae, deren Verhältnis an dem Bild zweier sich schneidender Kreise erläutert wird. Die Kirche ist vollkommene, d. h. staatsartige Gesellschaft.

Der Standpunkt der protestantischen Kirchenrechtslehre läßt sich auf folgende Formel bringen: wenn Sohm sagt, es gehöre zum Wesen der Kirche, daß es kein Kirchenrecht geben darf, so ist zu erwidern: das Kirchenrecht gehört nicht zum Wesen der Kirche, aber auch daß es kein Kirchenrecht gibt, gehört nicht zum Wesen der Kirche. Das Verhältnis von Kirche und Kirchenrecht ist nicht dasjenige des Widerspruchs, sondern dasjenige der Indifferenz. Der Rechtsbegriff Sohms ist überall vorausgesetzt.

Diese Übersicht, die weiter unten belegt werden muß, zeigt deutlich die Überlegenheit Sohms gegenüber der in beiden Konfessionen herrschenden Lehre. Dem Verdammungsurteil Sohms ist das positivistische Kirchenrecht nicht gewachsen. Die Differenz der beiden konfessionellen Standpunkte erscheint im übrigen weniger groß, wenn beachtet wird, daß die Dialektik von Recht und Religion überall wirksam wird. Diese Dialektik wird in der katholischen Kirche in das Zentrum des Kirchenbegriffs hineinverlegt. An der Kirche wird eine juristische und eine moralische bzw. religiöse Seite unterschieden. Die Dialektik ist damit auf die Spitze

[1]) So die erwähnte Tübinger Dissertation von Lämmle. Über das Gelingen des Plans treffend Barion, Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 23, S. 467 ff.: der Verfasser hat nicht mangelhaft, aber in der falschen Richtung gearbeitet.

getrieben. Der Kirchenbegriff ist von dualistischer Struktur. Es kommt hier nicht darauf an, die theologische Bedeutung dieser Aufspaltung weiter zu verfolgen. Es genügt zu sagen, daß ihr gegenüber Sohms Ablehnung des Kirchenrechts die Einheit der Kirche Christi aufrechterhält. In der protestantischen Kanonistik führt die Dialektik von Recht und Religion zur Unterscheidung von Rechtskirche und Liebes-, Geist- oder Wesenskirche. Die Rechtskirche ist ein Akzidens der Wesenskirche, das angesichts des tatsächlichen Zustandes des Menschen notwendig ist, prinzipiell aber ebensogut fehlen könnte. Sohm geht über diese Halbheit hinaus und setzt einen Widerspruch an die Stelle einer Indifferenz, ein Entweder-Oder an die Stelle eines Sowohl-Als-Auch.

Das Ergebnis unserer Untersuchung läßt sich folgendermaßen zusammenfassen. Sohms Kirchenrecht gehört in die Reihe der im 19. Jahrhundert mehrfach unternommenen Versuche, die Grenzen des positivistischen Rechtssystems zu überschreiten. Sohm hat nachgewiesen, daß der Rechtsbegriff des Positivismus mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch steht. Darüber hinaus ist über die Möglichkeit des Kirchenrechts durch seine Arbeiten nichts entschieden. Sohm ist auf halbem Wege stehengeblieben, weil er die prinzipielle Unzulänglichkeit des positivistischen Rechtsdenkens nicht erkannt hat. Statt dessen hat er positivistisches Rechtsdenken und juristisches Denken schlechthin gleichgesetzt. Ein konkretes Ordnungsdenken ist nur im Ansatz erreicht, nicht aber zum bewußten Prinzip erhoben worden.

Es folgen zum Schluß noch die Belege für die Behauptung, daß die kirchenrechtliche Literatur den Rechtsbegriff Sohms nicht kritisiert, sondern unbesehen hingenommen hat.

a) Hinsichtlich des in der katholischen Kanonistik herrschenden Rechtsbegriffs ist zu vergleichen v. Scherer, Handb. des Kirchenr. I, 1, S. 1: „Ein Verhältnis welches nach gewissen Normen geregelt erscheint, wird zur Anstalt, zum Institute, d. i. Rechtsinstitute, so die Familie, die Ehe, das Patronat. Die Summe der Normen, durch welche die äußere Lebensordnung der in einer Gesellschaft lebenden Menschen geregelt erscheint, ist das Recht im objektiven Sinne". Ferner a. a. O., S. 110: Das Kirchenrecht ist „die Summe der das kirchliche Gemeinleben berührenden Normen". S. 2: „Die Erzwingbarkeit eines Rechts bildet kein wesentliches, höchstens ein integrales Moment des Rechtsbegriffs". Das Verhältnis von Recht und Ethos wird a. a. O. folgendermaßen bestimmt: „Dem Begriffe nach stehen Recht und Ethos außer allem Verhältnisse. Letzteres resultiert aus der Gesinnung des einzelnen und ist wesentlich nicht nur ideal, sondern religiös, d. h. auf Gott gerichtet. Das Recht beschränkt sich auf die äußere Lebensordnung. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß das Ethos an Wert vor dem Rechte steht". Wohl aber ist gegen v. Scherer zu bemerken, daß Recht und Ethos nicht dem Begriffe nach außer allem Verhältnis und zugleich dennoch im Verhältnis von Über- und Unterordnung stehen können.

An älteren Lehrbüchern sind ferner zu nennen: Phillips, Lehrb., S. 3: das Kirchenrecht ist „Inbegriff aller Vorschriften oder anerkannten Rechtsnormen" für die Kirche. Nach Vering, Lehrb. des kathol., oriental. und protest. Kirchenr., 3. Aufl., S. 7 ist das Kirchenrecht der Inbegriff der „von den kirchlichen Organen für die Kirche aufgestellten Rechtsnormen"; das kirchliche Recht ist S. 8 ein

„positives Recht, d. h. es sind die Mitglieder der Kirche zur Beobachtung desselben verpflichtet", als ob das ein auszeichnendes Merkmal gerade des positiven Rechts wäre. Als einem positiven Recht eignet dem Kirchenrecht die Erzwingbarkeit, was sich aus dem Umstand ergeben soll, daß (S. 392) die Kirche als „vollkommene Gesellschaft" mit „Vollmacht zur Ergreifung aller Mittel, die zur Erreichung des ihr gesetzten Zwecks dienen", ausgestattet ist. Die Abgrenzung von Recht und Moral ergibt sich (S. 1, 2) daraus, daß jenes das Verhältnis der einzelnen zueinander, diese das Verhältnis der einzelnen zu Gott betrifft, auch lassen sich „manche Sätze" der Moral nicht erzwingen.

Als eine beachtenswerte Ausnahme von der Vorherrschaft des positivistischen Rechtsdenkens in der katholischen Kanonistik ist zu erwähnen: F. Walter, Lehrb. des Kirchenrechts, 3. Aufl., S. 6.

Die neueren Lehrbücher huldigen sämtlich dem Positivismus. So Groß-Schueller, S. 1: das Kirchenrecht ist „der Inbegriff der Normen, durch welche die äußeren Lebensverhältnisse der Kirchenglieder geregelt werden"; auch das Merkmal der Erzwingbarkeit ist in den Rechtsbegriff aufgenommen.

Bei Sägmüller heißt es Lehrb. I, 1, S. 2: „In einer Gesellschaft müssen der Ordnung und Sicherheit halber die Befugnisse der Individuen bleibend geregelt sein. Die Regel, erscheinend als Gewohnheit oder als Gesetz, und der Inbegriff der Regeln, wonach die Handlungen der Menschen im Verhältnis zueinander sich richten müssen, bildet das objektive Recht". Über die Frage der Erzwingbarkeit hat sich Sägmüller auf S. 2 ff. eingehend geäußert: „Sodann gehört die Erzwingbarkeit nicht zum Wesen des Rechts ... Wegen der großen Bedeutung, die das Recht für die Freiheit des Einzelmenschen und den Bestand der Gesellschaft hat, muß es gegen solche, die ihm Hindernisse bereiten, mit Gewalt durchführbar, erzwingbar sein. Doch ist die Erzwingbarkeit kein wesentliches Element im Begriff des Rechts, sondern nur ein integrierendes ... Immerhin aber ist die Erzwingbarkeit ein integrierendes Moment im Begriff des Rechts. Je mehr eine Gesellschaft diese Erzwingbarkeit hat, desto vollkommener ist ihr Recht, wenigstens in der äußeren Erscheinung. Am vollkommensten erscheint das Recht daher im Staate". Mit der letzten überraschenden Wendung dürfte sich Sägmüller in Widerspruch zur Begriffsbestimmung der Kirche als „vollkommener Gesellschaft" setzen, die er selbst ausdrücklich anerkennt (S. 8). Als „vollkommene Gesellschaft" müßte die Kirche ein vollkommenes Recht haben, oder wäre die Vollkommenheit des staatlichen Rechts vollkommener als die Vollkommenheit selbst? Es dürfte auch einem noch so abstrakten Normativismus nicht gestattet sein, die Vollkommenheit einer Gesellschaft von der Vollkommenheit ihres Rechts zu unterscheiden. Oder aber die äußere Erscheinung, von der Sägmüller redet, ist bloßer Schein, und dann dürfte die Wissenschaft nicht bei diesem Trugbild stehen bleiben, und am allerwenigsten dürfte die katholische Kanonistik ihre Abgrenzungen von Recht und Moral auf diesem Fundament aufbauen.

Auch für Eichmann, Kirchenr. I, S. 8, ist Kirchenrecht der Inbegriff der Rechtsnormen für die Kirche. Die Erzwingbarkeit ist kein wesentliches Merkmal des Rechtsbegriffs, doch eignet dem Recht im Gegensatz zur Moral ein Streben nach zwangsweiser Verwirklichung; es betrifft nur ein äußeres Verhalten und begnügt sich mit äußerer Legalität, wenn auch eine entsprechende innere Gesinnung wenigstens zu wünschen ist, S. 2, 4. Für die Abgrenzung von Recht und Moral wird Aristoteles angeführt, dessen Unterscheidung von justum legale und justum naturale dasselbe besagen soll. Unverständlich ist Eichmanns Bemerkung, daß Sohms Kritik nur ein Kirchenrecht treffe, das die Erzwingbarkeit „integrierend" in sich schließt, da das katholische Kirchenrecht nach der herrschenden Lehre ein solches ist.

Nach Haring, Grundz. des kathol. Kirchenr., 3. Aufl., I, S. 1, ist Kirchenrecht

die „Summe von Rechtsnormen, welche von dem berufenen kirchlichen Gesetzgeber erlassen worden sind". Dabei verhält sich das Gesetz zum Recht wie die einzelne Norm zum Normenkomplex. Diese Auffassung will Haring bereits bei Gratian vorfinden; hier heißt es nämlich: jus generale nomen est, lex autem juris est species. Man sieht, wie leicht sich der Normativismus „geschichtlich" verifizieren läßt; doch ist gerade der Begriff der Norm bei Gratian nicht zu erkennen. Auch spricht Gratian von einem Unterschied der species, während Haring einen solchen der Zahl im Auge hat. Ein anderes Beispiel einer naiven Projektion findet sich in Harings Schrift: Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz (1899), S. 18 Anm. 3. Hier wird ausgeführt, daß die Pflicht zum Almosengeben keine Rechtspflicht sei mangels der erforderlichen Bestimmtheit, und dafür Thomas von Aquin, Summa theol. II — II, 66, 7 angeführt. Diese Stelle lautet wörtlich: „Quia multi sunt necessitatem patientes et non potest ex eadem re omnibus subveniri, committitur arbitrio uniuscujusque dispensatio propriarum rerum, ut ex eis subveniat necessitatem patientibus". Diese Erwägung soll die Frage beantworten: utrum liceat alicui furari propter necessitatem; in diesem Falle liegt ein furtum nicht vor, sondern der Bedürftige entscheidet im Notfall selbst über den Tatbestand der Pflicht zum Almosengeben und licite potest ex rebus alienis suae necessitati subvenire. Woher Haring weiß, daß die Pflicht zum Almosengeben nach Thomas keine Rechtspflicht sei, ist völlig unerfindlich, zumal sich Thomas in dem fraglichen Artikel ausdrücklich auf ein jus naturale und einen ordo naturalis beruft.

In Spezialauseinandersetzungen mit Sohm ist der positivistische Rechtsbegriff hervorgetreten bei L. Bendix, Kirche und Kirchenrecht, S. 28, 77; ferner bei P. A. Leder, Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 1, S. 286, der die „Verwerfung des Rechts im materiellen Sinne" als „größten Fortschritt in der Erforschung des Wesens des Rechts" ansieht, „was formal als Recht gilt, ist Recht". Endlich ist auf die bereits angeführte Dissertation von Lämmle zurückzukommen wegen der Schrankenlosigkeit, mit der Wort und Begriff der Norm hier Verwendung finden. Lämmle läßt, S. 141, die Kirche durch eine „Norm Christi" entstanden sein, identifiziert, S. 132, die „Rechtsfrage" mit der „Gesetzesfrage" und spricht von einer „gesetzesfreundlichen Grundstimmung Jesu", S. 22, trotzdem aber auch von einer „Belastungsprobe der Kirche durch ihr Recht", S. 132. Das Buch ist in juristischer Hinsicht nicht sehr ergiebig und frönt, was mit diesem Übelstand zusammenhängen mag, in theologischer Hinsicht einer spät-individualistischen Erlebnistheologie. In den Stimmungen und Erlebnissen Jesu kennt sich der Verfasser besser aus als in „des Rechts Praktik und spitzen Kniffen", vgl. S. 22, wo ein „erstes größeres religiöses Erlebnis" im Tempel zu Jerusalem vermerkt ist, als ob der fleischgewordene Logos es nötig gehabt hätte, das „Religiöse" nach Art eines Literaten zu „erleben".

Der Unterschied der katholischen Kanonistik gegenüber der Rechtslehre Sohms liegt nur darin, daß sich jene zur genossenschaftlichen Rechtstheorie bekennt. So wird z. B. bei Sägmüller, I, 1, S. 2, das Kirchenrecht ganz im Sinne des barocken Naturrechts als Gesellschaftsrecht begründet: „Ohne Anschluß an seinesgleichen kann der Mensch sein natürliches Lebensziel nicht erreichen. Durch diesen Anschluß bilden sich Gesellschaften. Es entstehen wechselseitige Verhältnisse zwischen den Gesellschaftsgliedern unter sich, den Gesellschaftsgliedern und der Gesellschaft und umgekehrt, Befugnisse auf der einen, Verpflichtungen auf der andern Seite, Rechte und Pflichten. Eine Befugnis zu einer Willensbetätigung, die einem Individuum an sich zusteht, ist ein subjektives Recht". S. 31 heißt es wieder, daß die Kirche, „wie jede Gesellschaft", der ordnenden Gewalt bedarf. Vgl. noch Groß-Schueller, S. 2; Eichmann, I, S. 3, 6; Haring, I, S. 3; Leder, a. a. O., S. 281 f.

Die Entgegensetzung der Kirche zur Nation, die in der dualistischen Verfassungslage des 19. Jahrhunderts notwendig zu einer Eingliederung in die bürgerliche Gesellschaft führt, ist bemerkbar bei v. Scherer, Handb. I, 1, S. 111 f.: Es gibt „so wenig ein nationales Kirchenrecht wie eine nationale Kirche". Phillips, S. 35, sagt, ein nationales Gewohnheitsrecht könne es in der Kirche nicht geben; es habe seinen Ursprung im Turmbau zu Babel und sei von der Kirche oft mißbilligt. Anders F. Walter, S. 58, mit der Bemerkung, im Mittelalter sei die päpstliche Gewalt „durch den Geist der Nationen gebunden und gemildert" gewesen. Sägmüller macht S. 50 darauf aufmerksam, daß „die innerhalb der Grenzen des einzelnen Staates befindlichen Katholiken kein selbständiger, in sich abgeschlossener Verein" sind, „sondern unter dem römischen Papst, der unter keiner weltlichen Regierung steht noch stehen kann". Daher kann er S. 59 behaupten: „Aus den gewichtigsten Gründen aber sind die Konkordate quasi-völkerrechtliche Verträge". Dazu ist zu bemerken, daß schon O. Sarwey in dem meisterhaften Aufsatz „Über die rechtliche Natur der Konkordate", Zeitschr. f. Kirchenr. 2, S. 437 ff.; 3, S. 267 ff., dargelegt hat, daß die Konstruktion des Konkordates als (quasi-) völkerrechtlicher Vertrag die Kirche als außerhalb des Staates stehend voraussetzt (bes. 3, S. 283). Nach ihm ist ein Konkordat Ausdruck des beiderseitigen Mißtrauens (2, S. 451) und wurde erst 1448 das erste echte Konkordat abgeschlossen zwischen Papst Nikolaus V. und Kaiser Friedrich III. (2, S. 448).

b) Die herrschende protestantische Theorie geht von demselben Rechtsbegriff aus wie Sohm. Hier sind zu nennen Ä. L. Richter, Lehrb. des kath. u. evang. Kirchenrechts, 3. Aufl., S. 3: „Der Inbegriff der Normen, durch welche die Rechtsverhältnisse der Kirche als eines Ganzen und der Menschen als Glieder derselben bestimmt werden, ist das Kirchenrecht". Ferner P. Hinschius, Syst. d. Kirchenr. mit bes. Rücks. auf Deutschld., III, S. 708 über die „Normen", S. 771 über die äußere zwingende Kraft, durch die die Rechtssätze sich von Vorschriften ethischen und dogmatischen Inhalts unterscheiden. Nach W. Kahl, Lehrsyst. d. Kirchenr. u. d. Kirchenpolitik, S. 51, ist das Recht wesentlich Regel. Der Zwang „gehört nicht zum Wesen des Rechts, wohl gehört er zu seiner Vollkommenheit — ein nicht geringer Teil der evangelischen Gemeinschaftsordnung ist jus imperfectum" (S. 86). Der sensus communis der neueren protestantischen Lehre lautet: das Bestreben der evangelischen Kirche geht dahin, „je länger je mehr das religiöse Gebiet von Rechtsordnung zu reinigen und freizuhalten" (S. 85). Nach Friedberg, Lehrb., 6. Aufl., S. 3, „muß das Recht als Inbegriff der Normen definiert werden, welcher innerhalb eines örtlich oder persönlich bestimmten Kreises von Menschen deren Zusammenleben ordnet". U. Stutz, Kirchl. Rechtsgeschichte, S. 40, hat sich der Rechtsdefinition Gierkes, Deutsches Privatr. I, S. 112 ff., angeschlossen. Nach Holstein, Grundlagen, S. 226, ist die Rechtsordnung „Norm, Imperativ, Entgeltung". Rechtskirche und Wesenskirche stehen sich als zwei unterschiedene Sphären derselben Einheit gegenüber. Die Wesenskirche ist „eine Gemeinschaft, die aus dem Geist und in dem Geist wie für den Geist lebt" (S. 210); sie steht daher „wie vor dem Recht, so jenseits des Rechts" (S. 227).

An Einzelauseinandersetzungen mit Sohm sind zu nennen: K. Rieker, Die rechtliche Stellung der evangelischen Kirche in Deutschland, der Sohm insofern zustimmt (S. 475 Anm. 2), als „Recht und Religion bzw. Sittlichkeit verschiedene Maßstäbe der Ordnung des menschlichen Gemeinschaftslebens" sind, der aber doch die Notwendigkeit des Rechts für den Menschen, wie er ist, nicht völlig in Abrede stellen will: Das Recht „erleichtert und vereinfacht die Bedingungen des sittlichen Handelns; die in jedem Augenblick zu vollziehende Überlegung der höchsten sittlichen Maßstäbe und ihrer Anwendung auf das tägliche Leben und die gewohnten bürgerlichen Ordnungen würde eine unnötige Anstrengung und ein Hindernis für eine konzentrierte und erfolgreiche Berufstätigkeit sein". Für den posi-

tivistischen Rechtsbegriff gilt das in Wahrheit jedoch nicht. Außerdem ließe sich das Kirchenrecht schwerlich unter dem Gesichtspunkt der Erleichterung einer konzentrierten und erfolgreichen „Berufs"tätigkeit rechtfertigen (vgl. über den Säkularisationsbegriff des „Berufs": Max Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, SA. Tübingen 1934, S. 49, 84ff.).

Bei J. Niedner, Recht und Kirche, Festg. f. R. Sohm, S. 275ff., wird zwar erklärt, daß Recht und Gesetz nicht identifiziert werden dürfen; doch ist S. 287 das Recht „die feste Form, in der das menschliche soziale Wollen in die Erscheinung tritt". Da auch für Niedner die Gebundenheit an ein äußeres Verhalten zum Wesen des Rechts gehört, so ist „der Glaube, die Gesinnung . . . rechtlich nicht faßbar" (S. 300). Die Rechtsform ist daher in innerkirchlichen Angelegenheiten ein „besonders heikles Problem" (S. 315).

E. Förster hat in seinem Aufsatz „Sohm widerlegt?", Zeitschr. f. Kirchengeschichte 11, S. 307ff., den Thesen Sohms in wesentlichen Punkten zugestimmt. Auch bei ihm findet sich eine scharfe Trennung von Recht und Moral, wobei die rechtliche Autorität mit dem Mehrheitsprinzip ohne weiteres gleichgesetzt wird (S. 311).

Schließlich sind hier ihrer wissenschaftlichen Bedeutung wegen noch zwei Autoren zu nennen, die ohne Fachjuristen zu sein, an der Diskussion mit Sohm teilgenommen haben. Soweit diese Diskussion theologische, historische oder religionssoziologische Fragen betrifft, bleibt sie hier außer Betracht. Auch bei ihnen ist der positivistische Rechtsbegriff wirksam geworden. So besteht für Harnack, Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung und des Kirchenrechts in den zwei ersten Jahrhunderten, S. 145, eine scharfe Trennung von Recht und Moral: „Das Recht ist sich seiner Relativität stets bewußt, sonst müßte es sich als Ethik bzw. Religion proklamieren". Daher kann sich das Kirchenrecht dem Gegenstand nach „nur auf solche Gebiete beziehen, die nicht das innere Wesen der Kirche betreffen" (S. 151). Die Urgemeinde hat nach Harnack nur ein unentwickeltes, „embryonales", „latentes" Recht gekannt (ähnlich Schönfeld, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 18, S. 81, der von „dürftigem und mangelhaftem", Holstein, Grundlagen, S. 59 u. ö., der von „urförmigem" Recht spricht). Das Recht der Urgemeinde wird hier einfach am Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts gemessen, als ob sich das von selbst verstünde, vgl. dagegen den theologischen Satz: „Illi qui fuerunt propinquiores Christo vel ante, sicut Joannes Baptista, vel post, sicut apostoli, plenius mysteria fidei cognoverunt" (Thomas von Aquin, Summa theol. II-II, 1, 7). Harnacks Betrachtungsweise ist an dieser Stelle wie diejenige des Positivismus überhaupt nicht geschichtlich, sondern entwicklungsmäßig orientiert.

Bei dem zweiten Forscher, E. Tröltsch, erscheint die Gegensätzlichkeit von Kirche und Recht in der Form einer Antinomie von Religion und Kirche. Nicht das Verhältnis von Kirche und Recht, wohl aber dasjenige von Religion und Kirche ist ein „durch und durch antinomisches" (Religion und Kirche, Preuß. Jahrb. 81, S. 247). Dieser Gegensatz ist für Tröltsch nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Gegensatzes von Individuum und Gemeinschaft. Die Kirche wird definiert als eine „objektive Offenbarungsschätze durch fest erzwingbare Regeln schützende Anstalt" (Soziallehren der christl. Kirchen und Gruppen, Ges. Schriften, I, 3. Aufl., S. 250 Anm. 236). Die Kirche ist etwas „Festes, immer Gleiches", sie ist mit „Zwangsmitteln" ausgerüstete „äußere Autorität" und lenkt das „ganze Religionswesen in bestimmte und berechenbare Bahnen" (Preuß. Jahrb. 81, S. 219f.).

c) Eine letzte Position, die man gegenüber der These Sohms einnehmen kann, deckt sich nur scheinbar mit dieser, indem auch sie die Möglichkeit eines Kirchenrechts in Abrede stellt. Der Ausgangspunkt ist der, daß die Kirche den Kriterien des positivistischen Rechtsbegriffs nicht genügt. Das ist die genaue Umkehrung der These Sohms, die dahin geht, daß die Rechtsordnung der konkreten Lebens-

ordnung der Kirche nicht entspricht. So sind nach Jhering die Normen der Kirche „nicht Rechtssätze", haben aber „die Funktion von Rechtssätzen" (Zweck, I, S. 321). Darin liegt jedoch ein Widerspruch zu der positivistischen Lehre, wonach Recht das ist, was als Recht funktioniert. Vgl. noch Kelsen, Allg. Staatslehre, S. 133: ist das Kirchenrecht kein Zwangsnormensystem, so ist es ein bloßes Moralsystem, andernfalls ist es Rechtsordnung und die Kirche Staat; F. Somlò, Jurist. Grundl., 2. Aufl., S. 56, 67, 170, 178. Eine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung kommt nicht in Betracht, da es keineswegs in der Absicht der vorliegenden Untersuchung liegt, nachzuweisen, daß die Kirche den Anforderungen des positivistischen Rechtsbegriffs entspricht.

Die Begründung des Kirchenrechts wird übrigens bereits im Anfang der sogenannten geschichtlichen Rechtsschule problematisch. Puchta erwähnt, Einl. i. d. Recht d. Kirche, S. 9, die Gefahr, daß die Kirche „durch Anwendung juristischer Grundsätze" verweltlicht werde; ferner ist, S. 64, der „theologische" Begriff der Kirche „kein rechtlicher"; endlich gibt es, S. 74, „Bestimmungen, die an sich einer rechtlichen Gestaltung widersprechen". Vgl. noch Jolson, Phil. d. Rechts, II, 1, S. 164: Die Kirche hat am Recht „nicht die Verwirklichung ihrer ethischen Idee, sondern lediglich ein Hilfsmittel und eine äußerliche Stütze".

Literaturverzeichnis

G. Anschütz: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Berlin 1912.

— Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz, 2. Aufl., Berlin 1913.

— Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1932.

Aristoteles: Nikomachische Ethik, Ausg. E. Rolfes, 2. Aufl., Leipzig 1921.

— Politik, Ausg. E. Rolfes, 3. Aufl., Leipzig 1922.

— Metaphysik, Ausg. E. Rolfes, 3. Aufl., Leipzig 1928 (2 Bde.).

O. Bähr: Der Rechtsstaat, eine publizistische Skizze, Kassel-Göttingen 1864.

H. Barion: Der kirchenrechtliche Charakter des Konzils von Frankfurt 1794 (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 19, 1930, S. 139 ff.).

— Das fränkisch-deutsche Synodalrecht des Frühmittelalters, Bonn 1931 (Kanonistische Studien und Texte, Bd. 5/6).

— Rudolph Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts, Tübingen 1931 (Recht und Staat 81).

— F. Gerke, Die Stellung des ersten Clemensbriefes innerhalb der Entwicklung der altchristlichen Gemeindeverfassung und des Kirchenrechts, Rez. (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt., 21, 1932, S. 383 ff.).

— Kirche oder Partei? (Europ. Revue 1933, S. 401 ff.).

— N. Lämmle, Beiträge zum Problem des Kirchenrechts, Rez. (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 23, 1934, S. 467 ff.).

— Die Nationalsynode im fränkisch-deutschen Synodalrecht des Frühmittelalters (Anhang zum Verzeichnis der Vorlesungen an der Staatl. Akademie zu Braunsberg im SS. 1934, Königsberg 1934).

P. Batiffol: Urkirche und Katholizismus. Deutsche Ausg. F. X. Seppelt, Kempten-München 1910.

A. Beck: Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian, Halle 1930.

E. J. Bekker: Über den Rechtsbegriff (Zeitschr. f. vgl. Rechtswissenschaft 1, 1878, S. 95 ff.).

— System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886 ff. (2 Bde.).

— Das Völkerrecht der Zukunft, Heidelberg 1915 (Sitz.-Ber. der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl.).

Card. R. Bellarmin S. J.: Disputationes de controversiis christianae fidei, tom. I/II, Köln 1615.

L. Bendix: Kirche und Kirchenrecht, Mainz 1895.

K. Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.

G. Beseler: Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843.

— Volksrecht und Juristenrecht. Erster Nachtrag: Georg Friedrich Puchta, Leipzig 1844.

E. R. Bierling: Ist das Recht einer freien Vereinskirche Recht im juristischen Sinn? (Zeitschr. f. Kirchenr. 10, 1872, S. 442 ff.)

— Das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht (Zeitschr. f. Kirchenr. 13, 1875, S. 256 ff.).

E. R. Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Gotha 1877 ff. (2 Bde.).
— Juristische Prinzipienlehre, Freiburg-Leipzig 1894 ff. (5 Bde.).
C. Bilfinger: Betrachtungen über politisches Recht (Zeitschr. f. ausl. öffentl. Recht u. Völkerrecht I, 1, 1929, S. 57 ff.).
J. Binder: Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912.
— Rechtsbegriff und Rechtsidee, Bemerkungen zur Rechtsphilosophie R. Stammlers, Leipzig 1915.
— Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
— Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung, Leipzig 1927 (Abh. d. rechts- u. staatswiss. Fak. d. Univ. Göttingen).
— Prozeß und Recht, Leipzig 1927.
— K. Larenz und K. Busse: Einführung in Hegels Rechtsphilosophie, Berlin 1931.
— Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Tübingen 1933.
K. Binding: Handbuch des Strafrechts I, Leipzig 1885 (System. Hdb. d. Rechtswiss., 7. Abt. I, 1).
— Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. I—II, 2. Aufl., III, 1. Aufl., Leipzig 1890 ff.
J. C. Bluntschli: Psychologische Studien über Staat und Kirche, Zürich 1844.
— Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Stuttgart 1875.
— Der Rechtsbegriff (Ges. kl. Schriften I, Nördlingen 1879, S. 1 ff.).
H. Boye: Die Synoden Deutschlands und Reichsitaliens von 922—1059 (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 18, 1929, S. 131 ff.).
J. V. Bredt: Neues evangelisches Kirchenrecht für Preußen, Berlin 1921 ff. (3 Bde.).
A. Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1873 ff. (4 Bde.).
— Zur neuesten zivilistischen Literatur, R. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II, 2, Rez. (Kritische Vierteljahrsschr. II, 1860, S. 1 ff.).
H. Bruders S. J.: Die Verfassung der alten Kirche von den ersten Jahrzehnten der apostolischen Wirksamkeit an bis zum Jahre 175 n. Chr., Mainz 1904.
O. Bülow: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten (Arch. Ziv. Pr. 62, 1879, S. 1 ff.).
— Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
— Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, Leipzig 1901.
— Klage und Urteil, Berlin 1903.
V. Cathrein S. J.: Recht, Naturrecht und positives Recht, 2. Aufl., Freiburg 1909.
G. Dahm: Verrat und Verbrechen (Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 95, 1935, S. 283 ff.).
A. Dempf: Sacrum Imperium, München-Berlin 1929.
E. Eichmann: Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Juris Canonici, 3. Aufl., Paderborn 1929 f., 4. Aufl. 1934 (2 Bde.).
— Staat, Religion, Religionsgesellschaften, München 1930.
F. Eisele: Unverbindlicher Gesetzesinhalt (Arch. Ziv. Pr. 69, 1886, S. 275 ff.).
C. A. Emge: Vorschule der Rechtsphilosophie, Berlin 1925.
— Vernunft und Wirklichkeit bei Hegel, 1926, ohne Angabe des Druckorts.
— Über die Idee (Das regulative Prinzip), Versuch zur Grundlegung einer rationalen religiösen Dogmatik (Festg. f. R. Stammler, Berlin-Leipzig 1926, S. 31 ff.).
— Der philosophische Gehalt der religiösen Dogmatik, München 1929.
— Geschichte der Rechtsphilosophie, Berlin 1931.
H. Eppler: Quelle und Fassung katholischen Kirchenrechts, Zürich-Leipzig 1928.

H. Eppler: Das Recht. Eine Untersuchung über Rechtsbegriff, Rechtsgeltung und Rechtsgebilde. München 1933 (Wiss. Abh. u. Reden z. Philosophie, Politik u. Geistesgeschichte, Heft XI).
I. Th. Eschmann O. Pr.: Der Begriff der Civitas bei Thomas von Aquin (Catholica 1934, S. 83 ff.).
C. Eschweiler: Die zwei Wege der neueren Theologie, Augsburg 1926.
— Art. Molina im Staatslexikon der Görres-Ges., 5. Aufl., III, Freiburg 1929, Sp. 1377 ff.
— Joh. Ad. Möhlers Kirchenbegriff. Das Hauptstück der katholischen Auseinandersetzung mit dem deutschen Idealismus, Braunsberg 1930.
P. J. A. Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 14. Aufl., hrsg. C. J. A. Mittelmaier, Gießen 1847.
H. Fischer: Karl Marx und sein Verhältnis zu Staat und Wirtschaft, Jena 1932.
E. Förster: Zur Fortsetzung von Sohms Kirchenrecht (Christl. Welt 1918, S. 555 ff.).
— Kirchenrecht vor dem ersten Clemensbrief (Harnack-Ehrung, Leipzig 1928, S. 68 ff.).
— Sohm widerlegt? (Zeitschr. f. Kirchengesch. 48, 1929, S. 307 ff.).
H. Freyer: Herrschaft und Planung, Hamburg 1933.
E. Friedberg: Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1865.
— Verlobung und Trauung. Zugleich als Kritik von Sohm: Das Recht der Eheschließung, Leipzig 1876.
— Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 1. Aufl., Leipzig 1879, 6. Aufl., 1909.
Friedrich: Zur Begriffsbestimmung des Kirchenrechts (Deutsche Zeitschr. f. Kirchenr. 16, 1906, S. 75 ff.).
V. Fuchs: Der Ordinationstitel von seiner Entstehung bis auf Innozenz III, Bonn 1930 (Kanonistische Studien u. Texte, Bd. 4).
F. Gerke: Die Stellung des ersten Clemensbriefs innerhalb der Entwicklung der altchristlichen Gemeindeverfassung und des Kirchenrechts, Leipzig 1931.
O. v. Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1868 ff. (4 Bde.).
— Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, Rez. (Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. Recht 6, 1879, S. 221 ff.).
— Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880 (Unters. z. deutschen Staats- u. Rechtsgesch., Heft 7).
— Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (Schmollers Jahrbuch 7, 1883, S. 1097 ff.).
— Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a. M. 1883.
— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
— Deutsches Privatrecht, München und Leipzig 1895 ff. (System. Handb. d. Deutschen Rechtswissenschaft II, 3 [3 Bde.]).
— Das Wesen der menschlichen Verbände, Berlin 1902.
— Die historische Rechtsschule und die Germanisten, Berlin 1903.
— Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Tübingen 1915 (Neudruck).
F. Gillmann: Einteilung und System des Gratianischen Dekrets nach den alten Dekretglossatoren bis Johannes Teutonikus einschließlich (Arch. f. kath. Kirchenr. 106, 1926, S. 472 ff.).
R. Gneist: Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht (Jur. Abh. f. G. Beseler, Berlin 1885, S. 223 ff.).
— Der Rechtsstaat, 1. Aufl., Berlin 1872.

E. Göller: R. Sohm, Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians, Rez. (Arch. f. kath. Kirchenr. 110, 1920, S. 172 ff.).
C. Groß: Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 7. Aufl., hrsg. H. Schueller, Wien 1915.
J. B. Haring: Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz, Graz 1899.
— Grundzüge des katholischen Kirchenrechts, 3. Aufl., Graz 1924 (2 Bde.).
A. v. Harnack: Jus ecclesiasticum (Sitz.-Ber. d. Preuß. Akademie d. Wissenschaften, phil.-hist. Kl., Berlin 1903, S. 211 ff.).
— Lehrbuch der Dogmengeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1909 f. (3 Bde.).
— Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung und des Kirchenrechts in den zwei ersten Jahrhunderten, Leipzig 1910.
E. Hatch: Die Gesellschaftsverfassung der christlichen Kirchen im Altertum. Übers. u. mit Exkursen versehen von A. Harnack, Gießen 1883.
F. Haymann: Weltbürgertum und Vaterlandsliebe in der Staatslehre Rousseaus und Fichtes, Berlin 1924.
— Die Mehrheitsentscheidung. Ihr Sinn und ihre Schranke (Festg. f. R. Stammler, Berlin-Leipzig 1926, S. 394 ff.).
Ph. Heck: Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen? (DJZ. 1909 Sp. 1457 ff.)
J. Heckel, H. Henkel, G. A. Walz, K. Larenz: Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts, Hamburg 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart 12).
J. W. Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.
G. W. F. Hegel: Die Verfassung Deutschlands (Reclam-Ausg., hrsg. H. Heller, Leipzig 1922).
— Grundlinien der Philosophie des Rechts, Ausg. Lasson, 3. Aufl., Leipzig 1930.
F. X. Heiner: Katholisches Kirchenrecht, 6. Aufl., Paderborn 1912 f. (2 Bde.).
H. Heller: Die Souveränität, Berlin-Leipzig 1927.
H. Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 3).
— Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 10).
Ph. Hergenröther: Prinzipien des Kirchenrechts, Freiburg 1887.
G. v. Hertling: Recht, Staat und Gesellschaft, Kempten-München 1906.
N. Hilling: N. Lämmle, Beiträge zum Problem des Kirchenrechts, Rez. (Arch. f. kath. Kirchenr. 113, 1933, S. 668 ff.).
P. Hinschius: System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland, Berlin 1869 ff. (6 Bde.).
W. Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, Stuttgart 1919.
— Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, Stuttgart 1926.
— Der Einzelne und die Gesamtheit. Eine Untersuchung über unerlaubte Handlungen, Beamtenhaftung, Eigentum, Rechtsaufblähung und die Rechtsmethode, Stuttgart 1930.
— Die Auslegung der Grundrechte, Stuttgart 1931.
R. Höhn: Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 5).
— Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Berlin 1935.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart 14).
K. Hohenlohe O. S. B.: Grundlegende Fragen des Kirchenrechts, Wien 1931.

K. Holl: Über den Kirchenbegriff des Paulus im Verhältnis zu dem der Urgemeinde (Ges. Schr. II, Tübingen 1928, S. 44 ff.).
G. Holstein: Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts, Tübingen 1928.
E. R. Huber: Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt (Bl. f. d. Phil. 5, 1931, S. 302 ff.).
— Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, Breslau 1930 (Abh. a. d. Staats- u. Verwaltungsr. Bd. 44).
— Der Bedeutungswandel der Grundrechte (Arch. öff. R. N. F. 23, 1932, S. 1 ff.).
— Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, Hamburg 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart 16).
H. Isay: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.
Erw. Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
G. Jellinek: Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887.
— System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
— Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908.
— Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., hrsg. W. Jellinek, Berlin 1929.
W. Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931 (Nachtrag 1934, Enzyklop. d. Rechts- u. Staatswiss., Abt. Rechtswiss. 25).
R. v. Jhering: Der Zweck im Recht, 2. Aufl., Leipzig 1884 ff. (2 Bde.).
— Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. I, 6. Aufl., II—III, 5. Aufl., Leipzig 1894 ff.
— Der Kampf ums Recht, 16. Aufl., Wien 1906.
F. J. Stahl-Jolson: Die Kirchenverfassung nach Recht und Lehre der Protestanten, 1. Aufl., Erlangen 1840.
— Die Philosophie des Rechts, I—II, 1, 2. Aufl., Heidelberg 1845 ff., II, 2, 5. Aufl., Tübingen-Leipzig 1878.
— Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt v. Kirchmann gehaltenen Vortrages: „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", Berlin 1848.
P. Jörs: Geschichte und System des römischen Privatrechts, 2. Aufl., nebst Abriß des römischen Zivilprozeßrechts (von L. Wenger), Berlin 1927 (Enzyklop. d. Rechts- u. Staatswiss., Abt. Rechtswiss., 2/3).
E. Jung: Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts (Gießener Festg. f. Dernburg, Berlin 1900, S. 131 ff.).
— „Positives" Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung (Gießener Festschr., Gießen 1907, S. 469 ff.).
— Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912.
Th. Kaftan: Vier Kapitel von der Landeskirche, 2. Aufl., Schleswig 1907.
W. Kahl: Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, Tübingen 1894.
Im. Kant: Metaphysik der Sitten, Ausg. J. H. v. Kirchmann, Leipzig 1870.
— Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (Reclam-Aug., hrsg. von K. Kehrbach, Leipzig 1879).
H. U. Kantorowicz: Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, München-Berlin-Leipzig 1925.
F. Kattenbusch: Der Quellort der Kirchenidee (Festg. f. Harnack, Tübingen 1921, S. 143 ff.).
— Die Vorzugsstellung des Petrus und der Charakter der Urgemeinde zu Jerusalem (Festg. f. K. Müller, Tübingen 1922, S. 322 ff.).
E. Kaufmann: Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911.
H. Kelsen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (Arch. öff. R. 31, 1913, S. 53 ff.).

H. Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923.
— Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (Enzyklop. d. Rechts- u. Staatswiss., Abt. Rechtswiss., 23).
— Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und österreichischen Bundesverfassung (Festg. f. Fleiner, Tübingen 1927).
— Reine Rechtslehre, Leipzig-Wien 1934.
F. X. Kiefl: Die Staatsphilosophie der katholischen Kirche und die Frage der Legitimität in der Erbmonarchie, Regensburg 1928.
A. v. Kirchenheim: Kirchenrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1910.
J. H. v. Kirchmann: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1848.
P. Klöppel: Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Zivilprozeßordnung, Berlin 1882.
— Staat und Gesellschaft, Gotha 1887.
— Gesetz und Obrigkeit. Zur Klärung des Staats- und Rechtsbegriffs, Leipzig 1891.
— Dreißig Jahre deutscher Verfassungsgeschichte 1867—1897. I: Die Gründung des Reichs und die Jahre der Arbeit (1867—1877), Leipzig 1900.
K. Köhler: Über die Möglichkeit des Kirchenrechts (Deutsche Zeitschr. f. Kirchenr. 6, 1897, S. 1 ff.).
O. Koellreutter: Staat, Kirche und Schule im heutigen Deutschland, Tübingen 1926 (Recht und Staat).
— Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, Tübingen 1933.
A. M. Koeniger: Grundriß des Kirchenrechts, Tübingen 1926.
— und F. Giese: Grundzüge des katholischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2. Aufl., Bonn 1932.
J. Kohler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin-Leipzig 1909.
— Recht und Gesetz (Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 11, 1917, S. 1 ff.).
E. Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin 1903.
G. Krauß und O. v. Schweinichen: Disputation über den Rechtsstaat, Hamburg 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart 17).
E. Kurz O. F. M.: Individuum und Gemeinschaft beim hl. Thomas von Aquin, München 1932.
P. Laband: O. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Rez. (Arch. öff. R. 2, 1887, S. 149 ff.).
— Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen-Leipzig 1911 ff. (4 Bde.).
N. Lämmle: Beiträge zum Problem des Kirchenrechts, Rottenburg 1933.
H. Lange: Nationalsozialismus, Liberalismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933 (Recht und Staat).
— Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 7).
— Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934 (Recht und Staat 114).
K. Larenz: Staat und Religion bei Hegel (Rechtsidee und Staatsgedanke, Beitr. z. Rechtsphilosophie und z. politischen Ideengeschichte, Festg. f. Binder, Berlin 1930, S. 243 ff.).
— Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934 (Recht und Staat).
P. A. Leder: Die Diakonen der Bischöfe und Presbyter und ihre urchristlichen Vorläufer, Stuttgart 1905 (Kirchenr. Abh.).

P. A. Leder: Das Problem der Entstehung des Katholizismus (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 1, 1911, S. 276 ff.).
B. W. Leist: Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, Jena 1854 ff.
— Die realen Grundlagen und Stoffe des Rechts, Jena 1877.
— Gräco-italische Rechtsgeschichte, Jena 1884.
— Altarisches Jus gentium, Jena 1889.
H. Liermann: H. Barion, Rudolph Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts, Rez. (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 21, 1932, S. 391 ff.).
— Deutsches Evangelisches Kirchenrecht, Stuttgart 1933.
E. Lohmeyer: Vom Begriff der religiösen Gemeinschaft, Leipzig-Berlin 1925.
A. Manigk: Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914.
— Die Idee des Naturrechts (Festg. f. Stammler, Berlin-Leipzig 1926, S. 1 ff.).
J. Maritain: Le Songe de Descartes, Paris 1932.
F. Frhr. Marschall v. Bieberstein: Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn, Berlin 1911.
— Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, Stuttgart 1927.
Th. Maunz: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 9).
M. E. Mayer: Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903 (Strafr. Abh.).
O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München-Leipzig 1924 (System. Hdb. d. Deutschen Rechtswiss. VI, 1/2).
E. Meier: Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, Berlin 1861.
O. Mejer: Ist das Recht einer freien Vereinskirche Recht im juristischen Sinn? (Zeitschr. f. Kirchenr. 11, 1873, S. 278 ff.)
Meyer v. Schauensee: Kirchenrecht von Rudolph Sohm, Rez. (Zeitschr. f. vgl. Rechtswiss. 11, 1895, S. 301 ff.).
R. v. Mohl: Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, in Monographien dargestellt, Erlangen 1855 ff. (3 Bde.).
L. Nelson: Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Leipzig 1917.
J. Niedner: Recht und Kirche (Festg. f. R. Sohm, München-Leipzig 1914, S. 275 ff.).
P. Oeschey: Evangelisches Kirchenrecht? (Allg. Ev.-Luth. Kirchenztg. 1925, S. 832 ff.)
— Luther und das Recht (Zeitwende 1925, S. 288 ff.).
A. Perathoner: Das kirchliche Gesetzbuch (Codex juris canonici), sinngemäß wiedergegeben und mit Anmerkungen versehen, 5. Aufl., Brixen 1931.
Ch. Pesch S. J.: Christliche Staatslehre nach den Grundsätzen der Enzyklika vom 1. Nov. 1885, Aachen 1887.
E. Peterson: Eis Theos. Epigraphische, formgeschichtliche und religionsgeschichtliche Untersuchungen, Göttingen 1926.
— Was ist Theologie?, Bonn 1926.
— Die Kirche, München 1929.
— Die Kirche aus Juden und Heiden, Salzburg 1933.
G. Phillips: Lehrbuch des Kirchenrechts, 3. Aufl., Regensburg 1881.
J. Pieper: Grundformen sozialer Spielregeln. Eine soziologisch-ethische Grundlegung der Sozialpädagogik, Freiburg 1933.
— Die Wirklichkeit und das Gute nach Thomas von Aquin, 3. Aufl., Münster 1934.
H. Preuß: Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität (Staatsrechtl. Abh. f. Laband, II, Tübingen 1908, S. 199 ff.).

F. Pringsheim: Bonum et aequum (Zeitschr. Sav. St., Rom. Abt. 52, 1932, S. 78 ff.).
G. F. Puchta: Das Gewohnheitsrecht, Erlangen 1828 ff. (2 Bde.).
— Einleitung in das Recht der Kirche, Leipzig 1840.
S. v. Pufendorff: De habitu religionis christianae ad vitam civilem, 2. Ausg., Bremen 1692.
V. Puntschart: Die moderne Theorie des Zivilrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel, an den darin gegründeten Streitfragen aller Rechtsgebiete dargestellt, Leipzig 1893.
G. Radbruch: Rechtsphilosophie (3. Aufl. der Grundzüge der Rechtsphilosophie), Leipzig 1932.
M. W. Rapaport: Das religiöse Recht, Berlin 1914.
A. Reinach: Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts, Halle 1913.
Ä. L. Richter: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 3. Aufl., Leipzig 1848.
K. Rieker: Die rechtliche Stellung der evangelischen Kirche in Deutschland, Leipzig 1893.
P. Ritterbusch: Recht, Rechtsetzung und Theorie der Rechtsetzung im mittelalterlichen England (Gegenwartsfragen a. d. Allg. Staatslehre u. d. Verfassungstheorie, Festg. f. Rich. Schmidt, Leipzig 1932, S. 212 ff.).
— Idee und Aufgabe der Reichsuniversität, Hamburg 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart 8).
E. Rößer: Göttliches und menschliches, unveränderliches und veränderliches Kirchenrecht von der Entstehung der Kirche bis zur Mitte des 9. Jahrhunderts, Untersuchungen zur Geschichte des Kirchenrechts mit besonderer Berücksichtigung der Anschauungen Rudolph Sohms, Paderborn 1934.
C. v. Rotteck: Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften. 3: Materielle Politik, Stuttgart 1834.
E. Ruck: Kirchenrecht, 2. Aufl., Berlin 1931 (Enzykl. d. Rechts- u. Staatswiss., Abt. Rechtswiss., 29).
J. B. Sägmüller: R. Sohm, Kirchenrecht I, Rez. (Arch. f. kath. Kirchenr. 68, 1892, S. 445 ff.).
— R. Sohm, Wesen und Ursprung des Katholizismus, Rez. (Arch. f. kath. Kirchenr. 90, 1910, S. 574 ff.).
— Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 4. Aufl., Freiburg 1925 ff. (2 Bde.).
O. Sarwey: Über die rechtliche Natur der Konkordate (Zeitschr. f. Kirchenr. 2, 1862, S. 467 ff.; 3, 1863, S. 267 ff.).
F. C. v. Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Heidelberg 1814.
— System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840 ff. (8 Bde.).
F. Schaffstein: Politische Strafrechtswissenschaft, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 4).
— Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt (DJZ. 1934, Sp. 1174 ff.).
O. Scheel: Die Kirche im Urchristentum, Tübingen 1912.
R. v. Scherer: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, Graz 1886 ff. (2 Bde.).
S. Schloßmann: Der Vertrag, Leipzig 1876.
K. L. Schmidt: Die Kirche des Urchristentums, 2. Abdr., Tübingen 1932.
T. Schmidt: Der Leib Christi (Soma Christou), Leipzig-Erlangen 1919.
C. Schmitt: Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912.
— Politische Romantik, 2. Aufl., München-Leipzig 1925.
— Die Kernfrage des Völkerbundes, Berlin 1926 (Völkerrechtsfragen 18).

C. Schmitt: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl., München-Leipzig 1926 (Wissensch. Abh. u. Reden z. Philosophie, Politik u. Geistesgesch. 1).
— Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 2. Aufl., mit einem Anhang: Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, München-Leipzig 1928.
— Verfassungslehre, München-Leipzig 1928.
— Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, Tübingen 1930 (Recht und Staat 72).
— Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931 (Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart 1).
— Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, Berlin 1931.
— Legalität und Legitimität, München-Leipzig 1932.
— Der Begriff des Politischen, 2. Aufl., München 1932 (Wissensch. Abh. u. Reden z. Philosophie, Politik u. Geistesgeschichte 10), 4. Aufl., Hamburg 1934.
— Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 2. Ausg., München-Leipzig 1934.
— Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934 (Schr. d. Akademie f. Deutsches Recht).
— Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten, Hamburg 1934 (Der deutsche Staat der Gegenwart 6).
— Nationalsozialismus und Völkerrecht, Berlin 1934 (Schr. d. Deutschen Hochschule f. Politik 9).
— Nationalsozialismus und Rechtsstaat (JW. 1934, S. 713 ff.).
— Der Weg des deutschen Juristen (DJZ. 1934, Sp. 691 ff.).
— Der Führer schützt das Recht (DJZ. 1934, Sp. 945).
— Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, 3. Aufl., Hamburg 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart 1).
— Art. Rechtsstaat im NS. Handbuch für Recht und Gesetzgebung 1935, S. 3 ff.
— Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat? (Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 95, 1935, S. 189 ff.)
— Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung (DJZ. 1935, Sp. 919 ff.).
P. Schoen: Das evangelische Kirchenrecht in Preußen, Berlin 1903 ff. (2 Bde.).
W. Schönborn: Kirche und Recht (Intern. Monatsschr. f. Wissensch., Kunst u. Technik 6, 1912, S. 619 ff.).
W. Schönfeld: Die juristische Methode im Kirchenrecht. Eine rechtstheoretische Auseinandersetzung mit Rudolph Sohm (Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Phil. 18, 1925, S. 58 ff.).
— Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, Greifswald 1929.
— A. Dempf, Sacrum Imperium, Rez. (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 19, 1930, S. 684 ff.).
— Puchta und Hegel (Rechtsidee u. Staatsgedanke, Beitr. z. Rechtsphil. u. polit. Ideengesch., Festg. f. Binder, Berlin 1930, S. 1 ff.).
— Das Rechtsbewußtsein der Langobarden auf Grund ihres Edikts. Entwurf einer deutschen Rechtslehre, Weimar 1934.
H. Schrörs: Katholische Staatsauffassung, Kirche und Staat, Bonn 1919.
H. v. Schubert: Der Kampf des geistlichen mit dem weltlichen Recht, Heidelberg 1927.
F. Schulz: Prinzipien des römischen Rechts, München 1934.
E. Sehling: Kirchenrecht, 2. Aufl., Berlin 1922.

R. Smend: Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (Berliner Festg. f. Kahl, Tübingen 1923).
— Verfassung und Verfassungsrecht, München-Leipzig 1928.
R. Sohm: Die Lehre vom subpignus, Rostock 1864.
— Über die Entstehung der Lex Ribuaria, Weimar 1866.
— Der Prozeß der Lex Salica, Weimar 1867.
— Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränkischen Reich (Zeitschr. f. Kirchenr. 9, 1870, S. 193 ff.).
— Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, Weimar 1871.
— Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt, Tübingen 1873.
— Die deutsche Rechtsentwicklung und die Kodifikationsfrage (Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht 1, 1874, S. 245 ff.).
— Das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und kanonischen Recht geschichtlich entwickelt. Eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis der kirchlichen Trauung zur Zivilehe, Weimar 1875.
— Trauung und Verlobung. Eine Entgegnung auf Friedberg, Verlobung und Trauung, Weimar 1876.
— Der Begriff des Forderungsrechts (Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht 4, 1877, S. 457 ff.).
— Über Natur und Geschichte der modernen Hypothek (Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht 5, 1878, S. 1 ff.).
— Zur Geschichte der Auflassung (Straßburger Festg. f. Thöl, Straßburg 1879, S. 81 ff.).
— Zur Trauungsfrage, Heilbronn 1879.
— Die obligatorische Zivilehe und ihre Aufhebung, Weimar 1880.
— Fränkisches und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte (Zeitschr. Sav. St., Germ. Abt. 1, 1880, S. 1 ff.).
— Von der deutschen Rechtswissenschaft, Straßburg 1884.
— Die deutsche Genossenschaft (Leipziger Festg. f. Windscheid, Leipzig 1888).
— Die Entstehung des deutschen Städtewesens (Festg. f. J. W. v. Wetzell, Leipzig 1890).
— Kirchenrecht I: Die geschichtlichen Grundlagen, München-Leipzig 1892 (System. Hdb. d. Deutschen Rechtswiss. VIII, 1).
— Kirchenrecht (Rechtsforschung und Rechtsunterr. a. d. Deutschen Universitäten, hrsg. O. Fischer, Berlin 1893, S. 113 ff.).
— Über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung (Gruchots Beitr. z. Erl. d. Deutschen Rechts 39, 1895, S. 737 ff.)
— Die sozialen Pflichten der Gebildeten, 3. Aufl., Leipzig 1896.
— Der Arbeiterstand und die Sozialdemokratie, Leipzig 1896.
— Die sozialen Aufgaben des modernen Staates, Leipzig 1898.
— Adelsrecht und Namensrecht (DJZ. 1899, Sp. 8 ff.).
— Die Entstehung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (DJZ. 1900, Sp. 6 ff.).
— Das französische und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (Preuß. Jahrb. 101, 1900, S. 452 ff.).
— Kirchengeschichte im Grundriß, 13. Aufl., Leipzig 1902.
— Gedächtnisrede auf König Albert, gehalten in der öffentlichen Sitzung beider Klassen der Königl. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig am 14. November 1902, Leipzig 1903.
— Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Drei Beiträge zum bürgerl. Recht f. Degenkolb, Leipzig 1905, S. 1 ff.).
— Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28, 1906, S. 173 ff.)

P. Sohm: Das Studium des römischen Rechts (DJZ. 1908, Sp. 33 ff.).
— Noch einmal der Gegenstand (Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 55, 1908, S. 373 ff.)
— Rudolph Sohm (DJZ. 1909, Sp. 1017 ff.).
— Über Begriffsjurisprudenz (DJZ. 1909, Sp. 1019 ff.).
— Der Lehrgerichtshof (Tag 1909, Nr. 274 vom 23. Nov.).
— Noch einmal der Lehrgerichtshof (Tag 1909, Nr. 297 vom 19. Dez.).
— Begriffsjurisprudenz (DJZ. 1910, Sp. 114 ff.).
— Gottlieb Planck † (DJZ. 1910, Sp. 609 ff.).
— Emil Friedberg † (DJZ. 1910, Sp. 1061 ff.).
— Wesen und Ursprung des Katholizismus, 2. Aufl., Leipzig-Berlin 1912.
— Bürgerliches Recht (Hinnebergs Kult. d. Gegenw., Teil II, Abt. VIII: System. Rechtswiss., 2. Aufl., Leipzig-Berlin 1913, S. 66 ff.).
— Weltliches und geistliches Recht (Leipziger Festg. f. Binding, München-Leipzig 1914).
— Die Pfändung durch den Gläubiger im langobardischen und im fränkischen Rechte eine Abspaltung der Fehde (Festg. f. R. Sohm, München und Leipzig 1914, S. 317 ff.).
— Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians (Leipziger Festschr. f. Wach, München-Leipzig 1918, hrsg. E. Jacobi und O. Mayer).
— Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 16. Aufl., München-Leipzig 1919 (hrsg. L. Mitteis).
— Kirchenrecht II: Katholisches Kirchenrecht, München-Leipzig 1923 (System. Hdb. d. Rechtswiss. VIII, 2, hrsg. E. Jacobi und O. Mayer).
P. Sokolowski: Die Philosophie im Privatrecht, Halle 1902 ff. (2 Bde.).
— Politik und Rechtsphilosophie, Der Staat, Halle 1932.
W. Sombart: Der Bourgeois. Zur Geistesgeschichte des modernen Wirtschaftsmenschen, München-Leipzig 1913.
F. Somlò: Juristische Grundlehre, 2. Aufl., Leipzig 1927.
R. Stammler: Recht und Kirche, Berlin-Leipzig 1919.
— Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 5. Aufl., Berlin-Leipzig 1924.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin-Leipzig 1928.
Lorenz v. Stein: Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage I: Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830, Leipzig 1850.
— Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege (Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht 6, 1879, S. 27 ff.).
Th. Sternberg: J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des realpolitischen Liberalismus, Berlin-Leipzig 1908.
— Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1927 (Neudr.).
F. Stoerk: Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Gesetzgebungsapparat des Deutschen Reiches (Greifswalder Festg. f. E. J. Bekker, Greifswald 1899, S. 87 ff.).
U. Stutz: Die kirchliche Rechtsgeschichte, Stuttgart 1905.
— Kirchenrecht (Enzyklop. d. Rechtswiss., 7. Aufl., München-Leipzig 1914, V, S. 275 ff.).
— Der Geist des Codex Juris Canonici. Eine Einführung in das auf Geheiß Papst Pius X. verfaßte und von Papst Benedikt XV. erlassene Gesetzbuch der katholischen Kirche, Stuttgart 1918.
— R. Sohm, Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians, Rez. (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 8, 1918, S. 238 ff.).

U. Stutz: Die Cistercienser wider Gratians Dekret (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 9, 1919, S. 63 ff.).
— R. Sohm, Kirchenrecht II, Rez. (Zeitschr. Sav. St., Kan. Abt. 13, 1924, S. 544 ff.).
H. Thieme: Aus der Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Zur Gesetzgebung des Positivismus (DJZ. 1934, Sp. 968 ff.).
— Savigny und das Allgemeine Landrecht (DJZ. 1935, Sp. 220 ff.).
H. Thöl: Volksrecht, Juristenrecht, gemeines Recht, Genossenschaften, Stände, Rostock-Schwerin 1846.
Thomas von Aquin: Summa theologica, Ausg. Marietti, Turin 1932 (6 Bde.).
A. Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878.
— Der Rechtsbegriff (Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht 7, 1880, S. 231 ff.).
F. Toennies: Gemeinschaft und Gesellschaft, Grundbegriffe der reinen Soziologie, 4./5. Aufl., Berlin 1922.
A. Trendelenburg: Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2. Aufl., Leipzig 1868.
H. Triepel: Völkerrecht und Landesrecht, Tübingen 1899.
— Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, Berlin-Leipzig 1924.
— Staatsrecht und Politik, Berlin-Leipzig 1927 (Beitr. z. ausl. öff. Recht u. Völkerr. 1).
E. Troeltsch: Religion und Kirche (Preuß. Jahrb. 81, 1895, S. 213 ff.).
— Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen (Ges. Schr. I, 3. Aufl., Tübingen 1923).
A. v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München-Leipzig 1910 ff. (System. Hdb. d. Deutschen Rechtswiss. X, 1, I—III).
A. Verdroß: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Berlin 1926.
F. H. Vering: Lehrbuch des katholischen, orientalischen und protestantischen Kirchenrechts, 3. Aufl., Freiburg 1893.
F. Walter: Lehrbuch des Kirchenrechts, 3. Aufl., Bonn 1825, 14. Aufl., mit Zusatz: aller Konfessionen, von Gerlach, Bonn 1871.
— Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart, 2. Aufl., Bonn 1871.
M. Weber: Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, SA. aus Ges. Aufs. z. Religionssoziologie, 3. Aufl., 1922, S. 1—206, Tübingen 1934.
B. Windscheid: Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.
— Lehrbuch des Pandektenrechts I, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891.
— Gesammelte Reden und Abhandlungen, hrsg. P. Oertmann, Leipzig 1904.
K. Wolzendorff: Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes (Unters. z. deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte, 126), Breslau 1916.
E. Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879.
— Gewohnheitsrecht und Irrtum (Arch. Ziv. Pr. 66, 1883, S. 321 ff.).
— Ausschluß der Widerrechtlichkeit (Arch. Ziv. Pr. 99, 1906, S. 1 ff.).
— Die Möglichkeit eines Weltrechts, München-Leipzig 1916.
— Die Unvollkommenheit des Völkerrechts, München-Leipzig 1919.

Lebenslauf

Der Bewerber wurde geboren am 2. Januar 1911 in Manderscheid (Kreis Wittlich) als Sohn des Notars Dr. Joseph Krauß und seiner Ehefrau Eleonore, geb. Frenken. Er besuchte die Grundschule in Düren (Rhld.) und Köln am Rhein und bestand im Jahre 1929 die Reifeprüfung am Staatl. Dreikönigsgymnasium (humanistische Abteilung) in Köln. Dem Studium der Rechtswissenschaft lag er ob an den Universitäten Freiburg i. Br., Paris, München, Berlin, Köln und Bonn. Am 1. Februar 1935 promovierte er mit vorstehender Dissertation an der Universität Berlin zum Doktor juris utriusque.